

Münster 1982

Michael Hülsheger

**ZUWENDUNGEN ZWISCHEN EHEGATTEN
ZUM GEMEINSAMEN HAUSBAU**

1983



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554825_0013

ZUWENDUNGEN ZWISCHEN EHEGATTEN
ZUM GEMEINSAMEN HAUSBAU

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Michael Hülshager
aus
Emsdetten
1982



Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Battes
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Holzhauer
Dekan:	Prof. Dr. Harms

Tag der mündlichen
Prüfung:

3. Dezember 1982

GLIEDERUNG

	Seite
EINLEITUNG	1
ERSTER TEIL: Rechtsgrundlage von Zuwendungen zum gemeinsamen Hausbau	7
1. Kapitel: Benannte Zuwendungen	11
A. Der Einfluß der Ehe auf Zulässigkeit und Inhalt rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen zwischen Ehegatten	12
I. Schenkungsverbot zwischen Ehegatten außerhalb des Bürgerlichen Rechts	12
II. Einfluß der Ehe auf den Inhalt rechtsgeschäft- lich begründeter Beziehungen zwischen Ehegatten	13
B. Motive für benannte Zuwendungen zwischen Ehegatten	19
I. Vorweggenommene Erbfolge	19
1. Familiäre Gründe für vorweggenommene Erbfolge	20
a) Unternehmensnachfolge	20
b) Altersvorsorge	21
c) Vermeidung des Pflichtteilsergänzungs- anspruchs	23
2. Vorweggenommene Erbfolge aus steuerlichen Gründen	27
a) Erbschaft-/Schenkungsteuer	28
b) Grunderwerbsteuer	31
c) Vermögensteuer	33
3. Rechtsgrund benannter Zuwendungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge	34
II. Vermögenszuwendung als Schutzmaßnahme vor befürchteten Gläubigerzugriffen	38
1. Endgültige Zuwendung	38
2. Vorübergehende Zuwendung	40
3. Schenkungs- und Absichtsanfechtung	41

III. Zuwendung zum Hausbau aus Anlaß der gemeinsamen Betriebstätigkeit	43
Zusammenfassung der Ergebnisse des 1. Kapitels	47
2. Kapitel: Rechtsgrund unbenannter Zuwendungen	48
A. Lösungsversuche in Rechtsprechung und Literatur	49
I. Rechtsprechung	49
II. Literatur	53
B. Schuldrechtliche causa	57
I. Ehegatten-Innengesellschaft als Rechtsgrund unbenannter Zuwendungen	57
1. Gemeinsamkeiten zwischen der Ehe und einer Personengesellschaft	58
2. Vertragliche Begründung der Gesellschaft	58
a) Ausdrückliche Einigung über gemeinsame Zweckverfolgung	59
b) Stillschweigender Abschluß eines Gesell- schaftsvertrages	60
aa) Ansicht der Rechtsprechung	60
bb) Ansicht von Lieb	63
cc) Ansicht von Gernhuber	65
dd) Stellungnahme	65
c) Grundstücksübertragung im Rahmen betrieblicher Zusammenarbeit	72
3. Faktische Innengesellschaft zwischen Ehegatten	73
II. Bruchteilsgemeinschaft als causa unbenannter Zuwendungen	75
III. Auftrag als causa unbenannter Zuwendungen	77
IV. Schenkung als causa unbenannter Zuwendungen zwischen Ehegatten	84
1. Objektives Tatbestandsmerkmal der Schenkung	85
2. Subjektive Voraussetzung der Schenkung	86

	Seite
a) Zuwendung zum gemeinsamen Hausbau als Unterhaltsleistung?	88
b) Remuneratorische Schenkung	89
C. Familienrechtliche Zweckbestimmung als Rechtsgrund der unbenannten Zuwendung	95
I. Das Bestehen einer causa außerhalb des Schuldrechts	95
II. Voraussetzungen einer familienrechtlichen causa	98
1. Definition der causa	99
2. Familienrechtliche causa als Rechtsgrund unbenannter Zuwendungen	101
a) Eheliche Lebensgemeinschaft	101
b) Familienrechtliche causa der Vermögensbeteiligung an dem in der Ehe erwirtschafteten Vermögen	102
aa) Typische Vermögensverhältnisse	103
bb) Atypische Zuwendungen	106
Ergebnis des zweiten Kapitels	110
ZWEITER TEIL: Güterrechtliche Auswirkungen der unbenannten Zuwendung bei vorzeitiger Auflösung der Ehe und Bedürfnis nach schuldrechtlicher Rückabwicklung	111
A. Güterrechtlicher Ausgleich von Grundstücks- oder Geldzuwendungen beim gesetzlichen Güterstand	112
I. Grundsätzliche Berechnungsmethode des Zugewinnausgleichs bei vorzeitiger Eheauflösung	112
1. Die Idee der Zugewinnngemeinschaft	112
2. Berechnungsmodus	114
II. Besonderheiten bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs im Falle einer Zuwendung zum gemeinsamen Hausbau	116
1. Anrechnung der Zuwendung auf die Ausgleichsforderung nach § 1380 Abs. 1	116
2. Neutralisierung des anrechnungspflichtigen Vorausempfangs gem. § 1374 Abs. 2 beim Leistungsempfänger	120

	Seite
III. Fallgruppen, in denen die Anwendung der §§ 1374 Abs. 2, 1380 zur Benachteiligung eines Ehegatten führt	123
1. Der Wert der Zuwendung übersteigt den Betrag der an sich bestehenden Ausgleichsforderung	123
2. Der ausgleichsberechtigte Ehegatte macht die Zuwendung	129
B. Rückabwicklung von unbenannten Zuwendungen zwischen Ehegatten nach schuldrechtlichen Vorschriften	133
I. Das Verhältnis der güterrechtlichen Auseinandersetzungsvorschriften zum schuldrechtlichen Ausgleich	134
1. Ansicht der Rechtsprechung	134
a) Die ältere Rechtsprechung des BGH	134
b) Die Rechtsprechung seit BGHZ 65, 320 ff	136
2. Ansicht der Literatur	139
3. Stellungnahme	142
II. Rückforderung unbenannter Zuwendungen nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften	154
1. <i>condictio ob rem</i>	154
a) Anwendungsbereich der <i>condictio ob rem</i>	154
b) Zweckvereinbarung bei der unbenannten Zuwendung	156
c) Zuwendung bei gestörten Ehebeziehungen	159
d) Anzahlung auf den Zugewinnausgleich als Zweck der Zuwendung	159
2. <i>condictio ob causam finitam</i>	161
3. Inadäquanz des Bereicherungsrechts für den Vermögensausgleich zwischen Ehegatten	162
III. Rückabwicklung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage	167
1. Fortbestand der Ehe als Geschäftsgrundlage unbenannter Zuwendungen	167
a) Subjektive Theorie	167
b) Objektive und vermittelnde Theorie von Larenz	168

c) Unbewußte Erwartung des Fortbestands der Ehe	169
2. Zumutbarkeit der zum Zeitpunkt der Eheauflösung bestehenden Vermögenslage	170
a) Gesichtspunkte zur Bestimmung der Unzumutbarkeit der Vermögenslage	171
aa) Vermögensvergleich bei unterbliebener und erfolgter Zuwendung	174
bb) Dauer der Ehe, Alter und Einkünfte der Ehegatten	174
cc) Gesichtspunkte bei der Bruchteilsgemeinschaft	177
b) Schuldhaftes Herbeiführen der Ehescheidung	179
3. Rechtsfolgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage	182
Zusammenfassung der Ergebnisse	187

LITERATURVERZEICHNIS

- Alebrand, Heinrich Die Bildung von Gesamtgut der Ehegatten am Hausrat gem. § 1353 I BGB,
in: FamRZ 1955, 348 ff
- Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Besonderes Schuldrecht (§§ 433-853), Neuwied-Darmstadt 1979; Band 5, Familienrecht (§§ 1297-1921), Neuwied-Darmstadt 1981
- Anneck, Horst Miteigentum im gesetzlichen Güterstand, Diss. Münster 1968
- Anschütz, Gerhard Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, unveränderter Nachdruck der 14. Aufl., Berlin 1933, Bad-Homburg 1960
- Aschauer, Walter Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts zwischen Ehegatten, Diss. München 1964
- Bärman, Johannes Kritik zum neuen Ehegüterrecht,
in: JZ 1958, 223 ff
- Ders. Das neue Ehegüterrecht,
in: AcP 157 (1958/59), 145 ff
- Battes, Robert Gemeinschaftliches Testament und Ehegattenerbvertrag als Gestaltungsmittel für die Vermögensordnung der Familie, Bielefeld 1974
- Ders. Rechtsformautomatik oder Willensherrschaft? Die Unzulässigkeit der gewählten Rechtsform und ihr Einfluß auf Bestand und Rechtsverhältnisse der Personengesellschaften,
in: AcP 174 (1974), 429 ff
- Ders. Gesellschaftsrechtliche Überlegungen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft,
in: ZHR 143 (1979), 385 ff
- Baumbach-Duden Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, 24. Aufl., München 1980
- Beitzke, Günther Familienrecht, 19. Aufl., München 1977; 22. Aufl., München 1981

- Berent, Margarete Welche Richtlinien sind für die zukünftige Gestaltung des ehelichen Güterrechts aufzustellen?,
in: Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages, 1924 in Heidelberg, Berlin, Leipzig 1925, S. 381 f
- Bericht der Bundesregierung Über die Situation der Frauen in Familie und Haushalt,
in: BT-Drucks. V 909, 5. Legislaturperiode
- Böhle-Stammschräder/
Kilger Kommentar zum Anfechtungsgesetz,
5. Aufl., München 1979
- Boruttau-Egly-Siegloch Kommentar zum Grunderwerbsteuergesetz,
11. Aufl., München 1982
- Bosch, Friedr. Wilh. Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts,
in: FamRZ 1954, 149 ff
- Ders. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21. Juni 1972 - IV ZR 69/71 -,
in: FamRZ 1973, 87 ff
- Ders. Widerruf von Schenkungen unter (geschiedenen) Ehegatten,
in: Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, Berlin-New York 1979, S. 121 ff
- Ders. Anmerkung zum Urteil des OLG Düsseldorf vom 19. November 1979 - 5 U 116/79 -,
in: FamRZ 1980, 447
- Ders. Anmerkung zum Urteil des OLG Köln vom 25. März 1981 - 2 U 3/81 -,
in: FamRZ 1981, 782
- Ders. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26. November 1981 - IX ZR 91/80 -,
in: FamRZ 1982, 246 ff
- Braga, Seibold Besprechung von Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse,
in: FamRZ 1960, 456 f
- Breetzke, Ernst Zugewinn bei Änderung des Geldwertes,
in: FamRZ 1959, 445 ff
- Brox, Hans Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960
- Ders. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 6. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1982

- Erman, Walter
(Hrsg. Harm Peter Westermann)
Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. und 2. Band, 7. Aufl., Münster 1981
- Ders.
Personengesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, Münster 1947
- Esch/Schulze zur Wiesche
Handbuch der Vermögensnachfolge, Berlin 1976
- Esser, Josef
Schuldrecht, 2. Band, Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1971
- Esser-Schmidt
Schuldrecht, 1. Band, Allgemeiner Teil, 2. Teilband, 5. Aufl., Karlsruhe 1976
- Fahr, Ulrich
Die Neuordnung der Schlüsselgewalt durch das Gleichberechtigungsgesetz, Bielefeld 1968
- Felix, Günther
Vorweggenommene Erbfolge in Unternehmen und Vermögen, 2. Aufl., Köln 1973
- Fenn, Herbert
Die juristische Qualifikation der Mitarbeit bei Angehörigen und ihre Bedeutung für die Vergütung,
in: FamRZ 1968, 291 ff
- Ders.
Die Mitarbeit in den Diensten Familienangehöriger, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1970
- Finger, Peter
Familienrecht, Königstein/Ts. 1979
- Fischer, Lutz
Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Bielefeld 1977
- Fischer
Anmerkung zum Urteil des BGH vom 16. Dezember 1960 - II ZR 162/59,
in: LM HGB Nr. 16 zu § 105
- Fischer
Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5. März 1964 - II ZR 208/61,
in: LM HGB Nr. 19 zu § 105
- Flume, Werner
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1975
- Ders.
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 1. Teil, Die Personengesellschaft, Berlin, Heidelberg, New York 1977

- Gassner, August Schiebungen unter Ehegatten,
Diss. Gießen 1938
- Gernhuber, Joachim Die Mitarbeit der Ehegatten im Zei-
chen der Gleichberechtigung,
in: FamRZ 1958, 243 ff
- Ders. Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl.,
München 1980
- von Godin Grobe Unbilligkeit des Zugewinnaus-
gleichs,
in: MDR 1966, 722 ff
- Göppinger, Horst Vereinbarungen anlässlich der Ehe-
scheidung, 3. Aufl., München 1978
- Haupt, Günter Über faktische Vertragsverhältnisse,
Leipzig 1943
- Haymann, Franz Zur Grenzziehung zwischen Schenkung
und entgeltlichem Geschäft,
in: JherJb 56 (1910), 86 ff
- Heck, Philipp Grundriß des Schuldrechts, Tübingen
1929
- Ders. Anmerkung zum Urteil des RG vom
20. Dezember 1918 - 274/18 VI,
in: JW 1919, 242
- Henrich, Dieter Schuldrechtliche Ausgleichsansprüche
zwischen Ehegatten in der Recht-
sprechung des Bundesgerichtshofs,
in: FamRZ 1975, 533 ff
- Ders. Familienrecht, 3. Aufl., Berlin,
New York 1980
- Holzapfel, Lothar Ehegattenschenkungen und Gläubiger-
schutz, Bonn 1979
- Hueck, Alfred Gesellschaftsrecht, 17. Aufl., München
1975
- Jaeger, Ernst Kommentar zur Konkursordnung, 8. Aufl.,
Berlin 1958
- Jauernig, Othmar
(Hrsg. Othmar Jauernig) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch, München 1979
- Johannsen, Kurt Herb. Anmerkung zum Urteil des BGH vom
3. Dezember 1975 - IV ZR 110/74,
in: LM BGB Nr. 1 zu § 1374

- Johannsen, Kurt Herb. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 27. April 1976 - IV ZR 143/76, in: LM BGB Nr. 65 zu § 242 (D)
- Ders. Vermögensrechtliche Auseinandersetzung unter Ehegatten nach Auflösung der Ehe bei Gütertrennung, in: WM 1978, 502 ff
- Ders. Vermögensrechtliche Auseinandersetzung unter Ehegatten nach Auflösung der Ehe beim Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, in: WM 1978, 654 ff
- Kapp, Reinhard Erbschaftsteuerliche Behandlung von gemischten Schenkungen und Schenkungen unter Auflage, in: NJW 1976, 138 f
- Ders. Kommentar zum Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 7. Aufl., Köln 1977
- Kaser, Max Das Römische Privatrecht, in: Handbuch der Altertumswissenschaft, erster Abschnitt, 2. Aufl., München 1971
- Ders. Römisches Privatrecht, 12. Aufl., München 1981
- Kipp, Theodor Welche Richtlinien sind für die zukünftige Gestaltung des ehelichen Güterrechts aufzustellen?, in: Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages 1924 in Heidelberg, Berlin, Leipzig 1925, S. 325 ff, 344 ff
- Kipp-Coing Erbrecht, 13. Aufl., Tübingen 1978
- Knobbe-Keuk, Brigitte Die neuen güterrechtlichen Bestimmungen des Erbschaftsteuergesetzes, in: Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch, Bielefeld 1976, S. 503 ff
- Kropholler, Jan Die Rechtsnatur der Familienarbeit und die Ersatzpflicht bei Verletzung oder Tötung des mitarbeitenden Familienangehörigen, in: FamRZ 1969, 241 ff
- Krückmann, Paul clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streitklausel, in: AcP 116 (1918) 157 ff

- Kühne, Gunther Die Rückforderung von Vermögenszuwendungen zwischen Ehegatten bei Scheidung der Ehe unter besonderer Berücksichtigung des Bereicherungsrechts, in: FamRZ 1968, 356 ff
- Ders. Schenkungen unter Ehegatten, insbesondere ihre Rückabwicklung nach der Scheidung, im deutschen materiellen und internationalen Privatrecht, in: FamRZ 1969, 371 ff
- Ders. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 7. Januar 1972 - IV ZR 231/69, in: JR 1972, 245 f
- Ders. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5. Juli 1974 - IV ZR 203/72, in: JR 1975, 156 f
- Ders. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 3. Dezember 1975 - IV ZR 110/74, in: JZ 1976, 487 ff
- Ders. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14. April 1976 - IV ZR 237/74, in: JR 1977, 23 f
- Ders. Zuwendungen unter Ehegatten und Zugewinnausgleich, in: FamRZ 1978, 221 ff
- Ders. Wechselbeziehungen zwischen ehelichem Güterrecht und Zuwendungsgeschäften unter Ehegatten - Eine rechtsvergleichende Skizze -, in: Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, Berlin, New York 1979, S. 249 ff
- Ders. Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26. November 1981 - IX ZR 91/80, in: JR 1982, 237 ff
- Lange, Heinrich Ausgangspunkte, Wege und Mittel zur Berücksichtigung der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für Paul Gieseke, Karlsruhe 1958, S. 21 ff
- Lange, Hermann Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14. November 1973 - IV ZR 147/72, in: JZ 1974, 295 ff

- Langenfeld, Gerrit Die Grundstücksschenkung im Zivil- und Steuerrecht, Köln 1977
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 5. Aufl., München 1980
- Ders. Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, Besonderer Teil, 12. Aufl., München 1981
- Ders. Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl., München, Berlin 1963
- Ders. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1979
- Lehmann-Henrich Deutsches Familienrecht, 4. Aufl., Berlin 1967
- Lehmann-Hübner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., Berlin 1966
- Lieb, Manfred Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich u. gesetzlichem Güterstand, Tübingen 1970
- Liebisch, Arnold Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht, Leipzig 1927
- Lifitin, Peter M. Zugewinnausgleich und Ehevertrag, in: BB 1975, 1213 ff
- Lipp, Martin Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und das bürgerliche Recht: eine dogmatisch-methodische Studie, in: AcP 180 (1980), 537 ff
- Ders. Ausgleichsansprüche zwischen den ehemaligen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: JuS 1982, 17 ff
- Locher, Eugen Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, in: AcP 121 (1923), 1 ff
- Lorenz, Werner Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5. Oktober 1967 - VII ZR 143/65, in: JZ 1968, 382 f

- v. Lübtow, Ulrich Anmerkung zum Urteil des BGH vom
15. Dezember 1956 - IV ZR 105/56,
in: JR 1957, 340 ff
- Maiberg, Hermann Ehegatten-Innengesellschaften nach
der Rechtsprechung des Bundesgerichts-
hofs,
in: DB 1975, 385 ff
- Ders. Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., München
1981
- Maier-Scherling Die eheähnliche Lebensgemeinschaft,
in: DRiZ 1979, 296 ff
- Massfeller, Franz Das Güterrecht des Gleichberechtigungs-
gesetzes, Teil II: Die Zugewinnge-
meinschaft,
in: DB 1957, 525 ff
- Massfeller-Reinicke Das Gleichberechtigungsgesetz, Köln,
Berlin 1958
- Maunz-Dürig-Herzog-
Scholz Kommentar zum Grundgesetz, 1. Band
(Art. 1-19 GG), München 1971
- Megow-Michel Kommentar zum Erschaftsteuer- und
Schenkungssteuergesetz, 6. Aufl.,
München 1974
- Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck Kommentar zur Konkursordnung, 9. Aufl.,
München 1979
- Merkert, Hubert Der Kaufkraftschwund der DM als Rechts-
problem der Gewinnbesteuerung,
in: DB 1974, 496 ff
- Michalski, Lutz Nachfolgeregelungen in Personenge-
sellschaften,
in: DB 1980, Beil. Nr. 5
- Migsch, Erwin Die sogenannte Pflichtschenkung,
in: AcP 173 (1973), 46 ff
- Misera, Karl-Heinz Die Zeugnisse zum Grund des Schen-
kungsverbots unter Ehegatten,
in: Festschrift für Max Kaser, München
1976, S. 407 ff
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Ge-
setzbuches für das Deutsche Reich,
2. Band, Recht der Schuldverhältnisse,
4. Band, Familienrecht, 5. Band,
Erbrecht, Berlin, Leipzig 1888

- Müller-Freienfels, Wolfgang Die Gesellschaft zwischen Ehegatten,
in: Eranion für G.S. Maridakis,
Athen 1963, 2. Band, S. 357 ff
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band,
Allgemeiner Teil (§§ 1-240),
München 1979;
(zit.: Mü-Ko-Bearbeiter)
2. Band, Schuldrecht, Allgemeiner
Teil (§§ 241-432), München 1979;
3. Band, 1. Halbband, Schuldrecht,
Besonderer Teil (§§ 433-656), München
1980; 3. Band, 2. Halbband, Schuldrecht,
Besonderer Teil (§§ 657-853), München
1980; 5. Band, Familienrecht (§§ 1297-
1921), München 1978
- Mugdan Die gesamten Materialien zum Bürger-
lichen Gesetzbuch für das Deutsche
Reich, 2. Band, Recht der Schuldver-
hältnisse, Berlin 1899
- Munk, Marie Welche Richtlinien sind für die zu-
künftige Gestaltung des ehelichen
Güterrechts aufzustellen?,
in: Verhandlungen des 33. Deutschen
Juristentages 1924, Berlin, Leipzig
1925, S. 339 ff, 369 ff
- Oertmann, Paul Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuches, 2. Aufl., Berlin 1908
- Ders. Die Geschäftsgrundlage, Erlangen 1921
- v. Olshausen, Eberh. Die Anrechnung von Zuwendungen unter
Ehegatten auf Zugewinnausgleich und
Pflichtteil,
in: FamRZ 1978, 755 ff
- Palandt, Otto Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch, 42. Aufl., München 1982
- Peters, Karl Pflichtteilsergänzungsansprüche wegen
Schenkungen des Erblassers an seinen
Ehegatten,
in: FamRZ 1973, 169 ff
- Petzoldt, Rolf Steuerliche Aspekte bei Grundstücks-
übertragungen im Wege der vorwegge-
nommenen Erbfolge, DNotZ 1972, 581 ff
- Ders. Aspekte bei Grundstücksübertragungen
im Wege der vorweggenommenen Erbfolge,
DNotZ 1976, 133 ff
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung
des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetz-
buches, 2. Band, Schuldverhältnisse;
5. Band, Erbrecht, Berlin 1899

- Ramm, Thilo Gleichberechtigung und Hausfrauenehe,
in: JZ 1968, 41 ff
- Reichsgerichtsräte Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar,
hrsg. von Reichsgerichtsräten und
Bundesrichtern, 2. Band, 1. Teil
(§§ 433-704), 11. Aufl., Berlin 1959
(zit.: BGB-RGRK-Bearbeiter)
2. Band, 2. Teil (§§ 416-610), 12.
Aufl.; 2. Band, 4. Teil (§§ 631-811),
12. Aufl.; 2. Band, 5. Teil (§§ 812-
822), 12. Aufl.; 4. Band, 1. Teil
(§§ 1363-1390), 12. Aufl., Berlin-
New York 1974-1978
- Reinhardt, Rudolf Gesellschaftsrecht, Tübingen 1973
- Reinicke, Dietrich Anmerkung zum Urteil des LG Göttingen
vom 2. Dezember 1954 - 1 S 149/54,
in: NJW 1955, 1359 ff
- Ders. Die Berechnung der Ausgleichsforderung
im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft,
in: BB 1957, 759 ff
- Ders. Die Voraussetzungen des Pflichtteils-
ergänzungsanspruchs,
in: NJW 1973, 597 ff
- Reinicke/Tiedtke Güterrechtlicher Ausgleich bei Zu-
wendungen eines Ehegatten an den
anderen und Wegfall der Geschäfts-
grundlage,
in: WM 1982, 946 ff
- Ripfel, Franz Grundstückserwerb durch Verheiratete
und Ausgleichung im Innenverhältnis,
in: DNotZ 1959, 507 ff
- Rolland, Walter Kommentar zum 1. Eherechtsreformge-
setz, Neuwied 1977
- Sauer, Hans-Jürgen Die Zugewinnngemeinschaft - ein Güter-
stand der Gütertrennung?, Diss. Mar-
burg 1968
- Schapp, Jan Die Leistung der Frau in der Ehe und
ihre Bedeutung für den Unterhaltsan-
spruch der Frau nach der Scheidung,
in: FamRZ 1980, 215 ff
- Schelter, Christian Entwicklungstendenzen und Schwerpunkte
des neuen Unehelichenrechts in der
Sicht und Praxis des Notars,
in: 18. Deutscher Notartag, Köln 1969,
75 ff

- Schlüter, Wilfried Familienrecht, Heidelberg, Karlsruhe 1979
- Ders. Veräußerung und Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen als Formproblem, in: Festschrift für Horst Bartholomeyczik, Berlin 1973, S. 359 ff
- Ders. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: Schriftenreihe der juristischen Gesellschaft e.V., Berlin, Heft 68, Berlin-New York 1981
- Schultze/Förger Grunderwerbsteuervermerk, 4. Aufl., Herne 1978
- Schulze zur Wiesche Gemischte Schenkung und Schenkung unter Auflage aus steuerlicher Sicht, in: NJW 1975, 2089 ff
- Schwab, Dieter Handbuch des Scheidungsrechts, München 1977
- Ders. Familienrecht, München 1980
- Ders. Zivilrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: Götz Landwehr: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, S. 61 ff, Göttingen 1978
- Simitis, Spiros Besprechung von Siebert: Faktische Vertragsverhältnisse, in: RabelsZ 26 (1961), 154 ff
- Simon, Dietrich Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: JuS 1980, 252 ff
- Söllner, Alfred Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges (§ 812 Abs. 1, S. 2, 2. Halbsatz BGB), in: AcP 163 (1963), 20 ff
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Band, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1978; 2. Band, Schuldrecht I (§§ 241-610), 10. Aufl., 1967; 3. Band, Schuldrecht II (§§ 516-704), 11. Aufl., 1980; 3. Band, Schuldrecht II (§§ 611-853), 10. Aufl., 1969; 5. Band, Familienrecht (§§ 1297-1921), 11. Auflage, 1981; 6. Band, Erbrecht (§§ 1922-2385), 10. Aufl., 1974

- Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland,
Stuttgart, Mainz 1953, August 1980, 1981
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
2. Band, Teil 1b, § 242, 11. Aufl.,
Berlin 1961; 2. Buch, §§ 242, 243,
12. Aufl., Berlin 1981; 2. Band (§§ 255-
327), 12. Aufl., Berlin 1979; 2. Band,
Recht der Schuldverhältnisse (§§ 433-
580a), 12. Aufl., Berlin 1978; 2. Band,
Recht der Schuldverhältnisse (§§ 657-
740), 12. Aufl., Berlin 1980; 4. Band,
Familienrecht (§§ 1363-1588), 10./11.
Aufl., Berlin 1970; (§§ 1363-1390),
12. Aufl., Berlin 1979
- Steckhan, Hans-Werner Die Innengesellschaft, Berlin 1966
- Stoll, Heinrich Vertrag und Unrecht, 1. Halbband,
3. Aufl., Tübingen 1943
- Stuby, Gerhard Wertveränderungen an Gegenständen
des Anfangsvermögens und ihre Aus-
wirkungen auf die Berechnung des Zuge-
winnausgleichs,
in: FamRZ 1967, 181 ff
- Thiele, Wolfgang Miteigentumserwerb der Ehegatten an
dem während der Ehe angeschafften
Hausrat,
in: FamRZ 1958, 115 ff
- Ders. Die Nahtstellen von Erbrecht und Güter-
recht in der Zugewinnsgemeinschaft,
in: FamRZ 1958, 393 ff
- Ders. Die grobe Unbilligkeit des Zugewinn-
ausgleichs,
in: JZ 1960, 394 ff
- Troll, Max Zur Problematik des § 25 ErbStG,
in: DB 1974, 1783 ff
- Ders. Rechtzeitig schenken, Vermögensüber-
tragungen und Schenkungen im Steuer-
recht, 3. Aufl., Stuttgart-Wiesbaden
1976
- von Tuhr, Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1. Häl-
fte, München und Leipzig 1914; 2. Häl-
fte, München und Leipzig 1918

- Ulmer, Eugen Die Gleichberechtigung der Frau,
in: Verhandlungen des 38. Deutschen
Juristentages, Tübingen 1950, B 31 ff
- Ulmer, Peter Wirtschaftslenkung und Vertragser-
füllung,
in: AcP 174 (1974) 167 ff
- Vogel, Hans-Jochen Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe-
und Familienrechts vom 14. Juni 1976
(1. EheRG),
in: FamRZ 1976, 481 ff
- Welker, Gerhard Bereicherungsausgleich wegen Zweck-
verfehlung?, Berlin 1974
- Wingen, Max Der soziologische Tatbestand der
nichtehelichen Lebensgemeinschaft,
in: FamRZ 1981, 331 ff
- Westermann, Harm Peter Die causa im französischen und
deutschen Zivilrecht, Berlin 1967
- Ders. Vertragsfreiheit und Typengesetzlich-
keit im Recht der Personengesellschaf-
ten, Heidelberg, New York 1970
- Westermann, Harry Handbuch der Personengesellschaften,
1. Band, Gesellschaftsrecht,
3. Aufl., Köln 1967
- Westhoff, Franz Fragen zur vorweggenommenen Erbfolge,
in: Freundesgabe für Hans Hengeler
zum 70. Geburtstag am 1. Februar
1972, Berlin, Heidelberg, New York
1972, S. 255-268
- Wiefels, Josef Familienrecht, Heidelberg 1977
- Wieruszowski, Alfred Welche Richtlinien sind für die zu-
künftige Gestaltung des ehelichen
Güterrechts aufzustellen?,
in: Verhandlungen des 33. Deutschen
Juristentags, Heidelberg 1924; Berlin,
Leipzig 1925, S. 331 ff, 357 ff
- Zöllner, Wolfgang Vertragsfreiheit und Bindung an den
Typus im ehelichen Güterrecht,
in: FamRZ 1965, 113 ff

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für zivilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
amtl.	amtlich
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayObLGZ	Bayerisches Oberstes Landesgericht, Entscheidungssammlung in Zivilsachen (Jahr und Seite)
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Beil.	Beilage
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BStBl	Bundessteuerblatt
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CC	Código Civil
daf.	dafür
dag.	dagegen
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notarzeitung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EheG	Ehegesetz
1.EheRG	Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts v. 14.6.1976, BGBI I 549
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
ErbStG	Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz
evtl.	eventuell
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz

GleichberG	Gleichberechtigungsgesetz
GrEstG	Grunderwerbsteuergesetz
GruchB	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begr. von Gruchot (Band, Seite)
HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtssprechung
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
hrsg.	herausgegeben
Hs	Halbsatz
JherJb	Jherings Jahrbücher für Dogmatik des Bürgerlichen Rechts (Band, Seite)
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KO	Konkursordnung
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
NdsRpfl.	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHBrZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen

OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
Prot.	Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürger- lichen Gesetzbuches
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RdL	Recht der Landwirtschaft
Rdnr.	Randnummer
Reg.Entw.	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGRK	Kommentar, herausgegeben von Reichs- gerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
str.	streitig
s.u.	siehe unten
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
Vorbem.	Vorbemerkung
VStG	Vermögenssteuergesetz
WM	Wertpapiermitteilungen
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- recht und Konkursrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZS	Zivilsenat
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung

EINLEITUNG

Ehepartner machen sich zum Zeitpunkt ihrer Heirat in aller Regel keine klaren Vorstellungen über ihre zukünftigen gegenseitigen Vermögensbeziehungen. Es herrscht der Gedanke vor, "was Dein ist, ist auch Mein". So erklärt sich die bei juristischen Laien weit verbreitete Vorstellung, daß man in Gütergemeinschaft lebe, wenn kein Ehevertrag geschlossen worden ist ¹⁾. Der Gesetzgeber hat jedoch mit dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes am 1. Juli 1958 als gesetzlichen Güterstand die Zugewinnngemeinschaft eingeführt, so daß die Eheleute immer dann "in diesen Güterstand einheiraten" ²⁾, wenn sie keine entgegenstehenden ehevertraglichen Vereinbarungen getroffen haben. Bei dem Güterstand der Zugewinnngemeinschaft ist das in der Ehe erworbene Vermögen nicht gemeinschaftliches Gut. Jeder Ehegatte bleibt Alleineigentümer der eingebrachten oder im Laufe der Ehe angeschafften Gegenstände. Dies hat unter Umständen zur Folge, daß der eine Ehegatte während der Ehe sein Vermögen erheblich vermehrt, während der andere kaum einen Zuwachs erzielt und an dem Vermögen des wohlhabenden Ehepartners während der Ehe nicht beteiligt ist. Die unterschiedliche Vermögensentwicklung tritt besonders in dem Fall zutage, in dem der Ehemann berufstätig ist und die Ehefrau den Haushalt besorgt. Obwohl in den letzten Jahren ein deutlicher Trend von der Hausfrauen-Ehe zur Erwerbstätigkeit der Frau erkennbar ist, arbeitet dennoch der überwiegende Teil verheirateter Frauen im Haushalt. Während im Jahre 1950 knapp 25 % der verheirateten Frauen erwerbstätig waren ³⁾, hat sich

1) von Godin, MDR 1966, 722 f.

2) Liftin, BB 1975, 1213, 1216.

3) Vgl. Statistisches Jahrbuch 1953, 53, 116; Vogel, FamRZ 1976, 481 f m.w.H. .

dieser Anteil bis zum April 1979 auf 43,3 % erhöht ¹⁾. Die bei der Zugewinnsgemeinschaft nicht vorgesehene dingliche Beteiligung des einen Ehegatten am Vermögen des anderen während der Ehe ergänzen die Eheleute vielfach in der Weise, daß ein Ehegatte dem anderen Miteigentum an einem Grundstück, eine Lebensversicherung oder auch Wertpapiere zuwendet.

Solange die Ehe intakt bleibt, treten zwischen den Ehepartnern wegen dieser Vermögenszuwendungen keine Schwierigkeiten auf. Die Gerichte müssen sich jedoch immer wieder mit Problemen der Rückabwicklung von Zuwendungen unter Ehegatten auseinandersetzen, wenn die Ehe vorzeitig aufgelöst wird.

Diese Arbeit beschränkt sich darauf, die Rückforderung von Zuwendungen zwischen Ehegatten zu untersuchen, die im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gelebt haben und deren Ehe vorzeitig aufgelöst ²⁾ worden ist. Die auch bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auftretenden Schwierigkeiten mit der Rückabwicklung von Zuwendungen bleiben hier außer Betracht ³⁾. Die Problematik der Rückabwicklung von Zuwendungen tritt in der Praxis nur bei Vermögensgegenständen von größerem Wert auf ⁴⁾. Hierbei ist in erster Linie an Zuwendungen im Rahmen des gemeinsamen Hausbaus oder an Wertpapierbeteiligungen ⁵⁾ zu denken.

1) Vgl. Statistisches Jahrbuch 1980, 100; im Jahre 1980 hat sich jedoch der Anteil erwerbstätiger, verheirateter Frauen auf 39,3 % verringert, vgl. hierzu Statistisches Jahrbuch 1981, 100.

2) Die Scheidung ist im Vergleich zur Aufhebung oder Nichtigkeit der Ehe der weitaus häufigste Anlaß zur Auflösung der Ehe, vgl. hierzu Statistisches Jahrbuch 1981, 76.

3) Vgl. insoweit Battes, ZHR 143 (1979), 385, 398; Derleder, NJW 1980, 545 ff; Lipp, AcP 180 (1980), 537 ff; ders., JuS 1982, 17 ff; Schlüter, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, S. 16 ff; Simon, JuS 1980, 252 ff; Wingen, FamRZ 1981, 331 ff.

4) Gernhuber, Familienrecht, § 19 V 2, S. 208.

5) Vgl. BGH, FamRZ 1972, 201 f.

Diese Arbeit untersucht Zuwendungen, bei denen der Zuwender ein Grundstück übereignet oder den gemeinsamen Hausbau finanziert. Zwei verschiedene Möglichkeiten der Mitwirkung zum gemeinsamen Hausbau haben immer wieder Anlaß zu Rechtsstreitigkeiten gegeben. Bei der ersten Variante übereignet der Ehemann seiner Frau ein in seinem Eigentum befindliches und mit seinem Geld bebautes Grundstück, oder er räumt ihr einen Miteigentumsanteil ein. Die zweite Variante ist dadurch gekennzeichnet, daß ein Ehepartner den Hausbau auf dem Grundstück des anderen zum Teil oder vollständig finanziert, ohne Eigentümer oder zumindest Miteigentümer zu werden. Diese Fälle haben insoweit eine Gemeinsamkeit, als der Zuwendungsempfänger aus dem Vermögen seines Ehepartners eine Bereicherung erhält, für die der Empfänger überhaupt keine oder zumindest keine der Zuwendung im Wert entsprechende finanzielle Gegenleistung erbringt. Der Zuwendungsempfänger muß sich zwar bei vorzeitiger Eheauflösung gem. § 1380 Abs. 1 Satz 2 BGB ¹⁾ im Zweifel den Wert der unentgeltlichen Zuwendung auf seinen Ausgleichsanspruch anrechnen lassen. Die gesetzliche Regelung könnte jedoch dann zu bedenklichen Ergebnissen führen, wenn der Wert der Zuwendung größer als der Zugewinn des Zuwenders ist.

Ein einfaches Beispiel, bei dem bestehende Meinungsstreitigkeiten über den Anwendungsbereich von §§ 1374 Abs. 2, 1380 zunächst außer Betracht bleiben müssen, soll dies erläutern.

Beide Ehegatten haben kein Anfangsvermögen. Der berufstätige Ehemann baut während der Ehe auf dem ererbten Grundstück seiner Frau (Wert: 100 000,- DM) von seinen Ersparnissen in Höhe von 200 000,- DM ein Haus, ohne Miteigentümer zu werden. Wenn die Ehegatten außer dem Haus kein weiteres Vermögen haben, ergibt sich folgende Rechnung:

1) §§ ohne Gesetzesangabe sind im folgenden solche des BGB.

Die Ehefrau verfügt zum Zeitpunkt der Eheauflösung über ein effektives Endvermögens von 300 000,- DM ¹⁾. Gemäß § 1374 Abs. 2 wird dem Anfangsvermögen der Ehefrau der Wert des ererbten Grundstücks (100 000,-DM) und die unentgeltliche Zuwendung von 200 000,- DM hinzugerechnet, so daß diese ein Anfangsvermögen von ebenfalls 300 000,- DM hat. Sie hat im Vergleich zum Endvermögen rechnerisch keinen Zugewinn erzielt. Beim Ehemann wird die Zuwendung von 200 000,- DM gem. § 1380 Abs. 2 Satz 1 zum Endvermögen hinzugerechnet. Im Beispielsfall hat der Ehemann demnach einen Zugewinn von 200 000,- DM erzielt. Zwar muß sich die Ehefrau gem. § 1380 Abs. 1 den Wert der Zuwendung (200 000,- DM) auf ihre Ausgleichsforderung in Höhe von 100 000,- DM anrechnen lassen, so daß sie im Ergebnis nichts verlangen kann. Aber auch ihr Ehemann, der tatsächlich kein Vermögen mehr besitzt, hat gegenüber seiner Frau, die nur rechnerisch keinen Zugewinn erzielt hat, nach den güterrechtlichen Vorschriften keinen Ausgleichsanspruch, obwohl 200 000,- DM aus seinem Vermögen in das Vermögen der Frau geflossen sind. Rechtsprechung und Literatur haben zahlreiche Versuche unternommen, dem benachteiligten Ehegatten einen Rückgewähranspruch nach schuldrechtlichen Regeln zu geben. Hierbei taucht immer wieder die Frage auf, welchen Rechtsgrund Zuwendungen zwischen Ehegatten haben, wenn die Eheleute darüber keine ausdrücklichen oder eindeutig stillschweigende Abreden getroffen haben. Deshalb behandelt der erste Teil dieser Arbeit das umstrittene Problem des Rechtsgrundes solcher "unbenannten Zuwendungen". Der Begriff "unbenannte Zuwendungen" stammt von Lieb ²⁾ und ist inzwischen vom BGH ³⁾ übernommen worden.

1) Gleiche Wertverhältnisse unterstellt.

2) Lieb, S. 121 ff.

3) Vgl. BGHZ 65, 320 ff; 68, 299 ff; 82, 227 ff.

Die Güterbewegungen zwischen Ehegatten lassen sich in benannte und unbenannte Zuwendungen einteilen.

Bei den benannten Zuwendungen handelt es sich um rechtsgeschäftliche Vermögensverschiebungen zwischen Ehegatten, denen ausdrückliche oder eindeutig stillschweigende Vereinbarungen über den Zweck der Zuwendung zugrunde liegen. Im Falle der benannten Zuwendung haben die Ehegatten den mit der Vermögensübertragung verfolgten Zweck nach außen deutlich gemacht. Auch wenn sich im weiteren Verlauf der Untersuchung ¹⁾ zeigen wird, daß der Zweck einer Zuwendung nicht notwendigerweise auf die causa schließen läßt, so kann der Zweck jedoch wichtige Anhaltspunkte zur Ermittlung der causa geben.

Zur Beurteilung rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen können sämtliche Umstände herangezogen werden, die mit der Zuwendung im Zusammenhang stehen ²⁾. Der Wille der Ehegatten, sich mit der Zuwendung rechtsgeschäftlich zu betätigen, tritt deutlich hervor. Der Anlaß der benannten Zuwendung bleibt nicht im dunkeln, sondern ist aufgrund eindeutig schriftlicher oder mündlicher Abreden oder sonstiger Umstände und Verhaltensweisen nachvollziehbar.

Die rechtliche Einordnung benannter Zuwendungen richtet sich nach den getroffenen Vereinbarungen zwischen den Ehegatten. Die im Vertrag festgelegten Rechte und Pflichten ³⁾ und die Vorstellung der Parteien ⁴⁾ bilden die Grundlage für ihre rechtliche Beurteilung.

Dagegen sind unbenannte Zuwendungen im Unterschied zu den benannten dadurch gekennzeichnet, daß keine klaren mündlichen oder schriftlichen Absprachen

1) Vgl. S. 34 ff, 94 ff.

2) BGH, FamRZ 1969, 78 f.

3) Erman-Battes, Einl. § 305 Rdnr. 16.

4) Vgl. Ripfel, DNotZ 1959, 507, 511.

über den Zweck der Zuwendung vorliegen. Es fehlen auch Anhaltspunkte, die eindeutig für eine inhaltlich bestimmte, stillschweigend getroffene Zweckvereinbarung sprechen. Nur das Bestehen der ehelichen Lebensgemeinschaft könnte ein Ansatzpunkt sein, der Rückschlüsse auf die causa der unbenannten Zuwendung zuläßt.

Die vorliegende Untersuchung befaßt sich zwar im ersten Teil mit dem Rechtsgrund unbenannter Zuwendungen. Innerhalb dieser Untersuchung werden zur klaren Abgrenzung der benannten von unbenannten Zuwendungen und zum besseren Verständnis zunächst die Rechtsgründe benannter Zuwendungen dargestellt. Ob und welcher Rechtsgrund für Zuwendungen besteht, ist für einen eventuellen Rückgewähranspruch bedeutsam, weil je nach causa unterschiedliche Rückabwicklungsvorschriften in Betracht kommen.

Nach der Erörterung der Rechtsgrundlage wird im zweiten Teil der Arbeit die Rückabwicklung dieser Zuwendungen unter güter- und schuldrechtlichen Gesichtspunkten untersucht. Hierbei geht es um die Frage, ob ehebedingte, unbenannte Zuwendungen unabhängig von der in §§ 1374 Abs. 2, 1380 enthaltenen güterrechtlichen Regelung noch nach schuldrechtlichen Vorschriften zurückverlangt werden können.

—

ERSTER TEIL:

Rechtsgrundlage von Zuwendungen zum gemeinsamen Hausbau

Die rechtliche Einordnung von Zuwendungen zwischen Ehegatten bereitet besondere Schwierigkeiten, weil die Eheleute zumeist keine schriftlichen oder mündlichen Vereinbarungen über den Zweck der Zuwendung und die mit ihr verfolgten Ziele getroffen haben. Die Ursache für das Fehlen der Abreden ist zum Teil darin begründet, daß der Ehepartner es als Mißtrauen ansehen könnte, wenn der Zuwender bei der Finanzierung des Hausbaus genaue vertragliche Vereinbarungen über den Zweck der Zuwendung oder über die Einräumung eines Miteigentumsanteils verlangt.

Rechtsprechung und Literatur haben zahlreiche Versuche unternommen, geläufige Schuldrechtsinstitute wie Schenkung, Ehegatten-Innengesellschaft ¹⁾ und Auftrag ²⁾ als Rechtsgrundlage dieser Zuwendungen heranzuziehen ³⁾. Die Rückabwicklung dieser Kausalverhältnisse sowie der Bestand der auf ihrer Grundlage erbrachten Leistungen richten sich nach den für das jeweilige Verhältnis geltenden Vorschriften. Hinzukommt, daß die je nach Kausalverhältnis anzuwendenden Normen hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und der Rechtsfolgen unterschiedlich sind, wie an einigen Beispielen gezeigt werden soll:

So hat im Falle der Ehegatten-Innengesellschaft der Ehemann, der seiner Frau ein Grundstück zugewandt hat, bei der Beendigung der Innengesellschaft allenfalls einen schuldrechtlichen Anspruch auf Abfindung durch Zahlung eines Geldbetrages ⁴⁾. Das Scheidungs-

1) Vgl. OLG-Braunschweig, NdsRpfl. 1951, 144; OLG-Schleswig, FamRZ 1958, 109.

2) Vgl. BGH NJW 1951, 352; FamRZ 1960, 58 f; 1967, 450; Kühne, FamRZ 1968, 356, 358; 1969, 371 ff.

3) Vgl. die Übersicht bei Kühne, FamRZ 1968, 356 ff; Henrich, FamRZ 1975, 533 ff.

4) BGH, WM 1973, 296; Palandt-Thomas, § 705 Anm. 8.

begehren schließt bei verständiger Würdigung der Umstände in der Regel auch den Willen zur Beendigung der Ehegatten-Innengesellschaft ein ¹⁾. Daher ist eine ausdrückliche Kündigung gem. § 723 Abs. 1 nicht erforderlich. Der Ehemann kann nicht das zugewandte Grundstück herausverlangen, denn er ist am Vermögen seiner Frau nicht dinglich mitberechtigt. Wegen der fehlenden gemeinsamen Vertretung kann die Innengesellschaft nach verbreiteter Ansicht ²⁾ kein Gesamthandsvermögen bilden, so daß nach dieser Auffassung jeder Gesellschafter allein Eigentümer der von ihm erworbenen Vermögensgegenstände bleibt. Dagegen ist P.Ulmer ³⁾ der Meinung, das Fehlen von Gesamthandsvermögen sei kein begriffsnotwendiges Merkmal für den Charakter als Innengesellschaft. Er weist auf Fälle, in denen die Gesellschafter auf Rechnung der Gesellschaft erworbene Gegenstände in das Gesellschaftsvermögen einbringen. Der Erwerb von Grundeigentum durch die Gesellschaft soll nicht zur Änderung ihres Rechtscharakters führen oder die Bestellung organschaftlicher Vertreter voraussetzen ⁴⁾.

Die Höhe der Abfindung entspricht nicht unbedingt dem Wert der Zuwendung, sondern sie richtet sich nach dem Willen der Ehegatten ⁵⁾. Zur Auslegung dieses Willens zog der BGH in einer frühen Entscheidung ⁶⁾ das Verhältnis der geleisteten Beiträge und die Bewertung der Arbeitsleistungen zueinander als Bemessungsfaktoren der Abfindungshöhe heran. Dagegen sollen bei der Auseinandersetzung nach einer in der Literatur ⁷⁾ verbreiteten Ansicht §§ 730 ff analog angewendet werden. Dies bedeutet vor allem,

1) Kühne, FamRZ 1968, 356, 359.

2) Staudinger-Keßler, Vorbem. 92 zu § 705 m.w.N.; Palandt-Thomas, § 705 Anm. 8; Maiberg, Rdnr. 14; zweifelnd H.P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, S. 200; a.A. Mü-Ko-Ulmer, § 705 Rdnr. 196.

3) Mü-Ko-Ulmer, § 705 Rdnr. 196.

4) So Mü-Ko-Ulmer, § 705 Rdnr. 196.

5) BGHZ 8, 249, 256; Steckhan, S. 50 f.

6) BGHZ 8, 249, 256; Steckhan, S. 50 f.

7) So Mü-Ko-Ulmer, Vorbem. 44 zu § 705; Battes, ZHR 143 (1979), 385 ff.

daß nur die nach Berichtigung der Schulden noch vorhandenen Vermögenswerte verteilt werden können. Beiträge in Form von Dienstleistungen sind entsprechend § 733 Abs. 2 Satz 3 grundsätzlich nicht zurückzuerstatten ¹⁾.

Falls die Zuwendung eines Geldbetrags oder eines Grundstücks rechtlich als Schenkung zu qualifizieren ist, kommt zur Rückabwicklung zunächst ²⁾ der Widerruf der Schenkung wegen groben Undanks nach § 530 Abs. 1 in Betracht. Dagegen ist eine weitere Widerrufsmöglichkeit des schuldlos geschiedenen Ehegatten nach § 73 EheG seit dem Inkrafttreten des Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts am 01.07.1977 entfallen. Wenn die Schenkung gem. § 530 widerrufen wird, sind zur Prüfung des groben Undanks auf seiten des Beschenkten Verschuldensgesichtspunkte zu erörtern, die im Falle der Rückabwicklung von Leistungen im Rahmen einer Innengesellschaft keine Rolle spielen. Hierbei ist das Tatbestandsmerkmal des groben Undanks nicht schon dann erfüllt, wenn der beschenkte Ehepartner die Eheauflösung betrieben hat ³⁾. Da seit der Eherechtsreform das Verschuldensprinzip bei der Ehescheidung abgeschafft worden ist, wird neuerdings erörtert ⁴⁾, ob grober Undank i.S. des § 530 nur noch in besonderen Ausnahmefällen erfüllt ist.

Für diese Ansicht spricht, daß andernfalls über den Umweg des Widerrufs einer Schenkung entgegen dem Willen des Gesetzgebers erneut Verschuldensgesichtspunkte bei der Auseinandersetzung der Eheleute über

1) So Battes, ZHR 143 (1979) 385, 397 ff.

2) Ob neben dem Widerruf der Schenkung noch die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage anwendbar sind, ist umstritten; dafür: Kühne, FamRZ 1968, 356, 360; Dürr, NJW 1966, 1659 f; dagegen: RG, HRR 1939 Nr. 678; OLG Düsseldorf, NJW 1966, 550 f; einschränkend BGH, FamRZ 1968, 247 ff; Palandt-Putzo, § 527 Anm. 3.

3) BGHZ 68, 299, 303; Erman-H.H. Seiler, § 530 Rdnr. 7; Jauernig-Vollkommer, §§ 530-533 Anm. 1b.

4) Vgl. zu dieser Entwicklung Bosch, FS Beitzke, S. 121, 131.

das Vermögen eine Rolle spielen. Die Rechtsprechung hat sich bisher nur vereinzelt zu diesem insbesondere nach der Ersten Eherechtsreform aufgetretenen Problem geäußert:

Das OLG Düsseldorf ¹⁾ ist ohne nähere Begründung davon ausgegangen, daß die Aufgabe des Verschuldensprinzips bei der Ehescheidung keinen Einfluß auf den Widerruf der Schenkung wegen groben Undanks hat. Dagegen hat das LG Bonn ²⁾ entschieden, daß in Anbetracht des neuen Scheidungsrechts grober Undank höchstens bei außergewöhnlichem Fehlverhalten angenommen werden kann. In der Literatur wendet sich insbesondere Schapp ³⁾ gegen den gänzlichen Ausschluß des Verschuldensprinzips für den Bereich der Scheidungsfolgen. Nach seiner Ansicht hat das 1. EheG das Scheidungsrecht zwar auf eine neue Grundlage gestellt, ohne damit grundsätzlich die Berücksichtigung des Verschuldens auszuschließen. Allerdings soll nur schwereres Fehlverhalten beachtlich sein ⁴⁾. Die beispielhafte Gegenüberstellung der unterschiedlichen Voraussetzungen der Rückabwicklung von Zuwendungen im Rahmen einer Ehegatten-Innengesellschaft und einer Schenkung machen deutlich, daß die Möglichkeit der Rückforderung von Zuwendungen bei vorzeitiger Auflösung der Ehe nicht ohne vorherige Feststellung des Rechtsgrundes erörtert werden kann. Soweit Zuwendungen aufgrund eines wirksamen Vertrages erfolgt sind und vertragliche Rückabwicklungsansprüche in Betracht kommen, haben diese Ansprüche auch Vorrang vor solchen aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die Frage, ob und welche causa der Zuwendung unter

1) OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 446 f; ebenso OLG Köln, FamRZ 1981, 780 ff, vgl. zu dieser Entscheidung die kritische Anmerkung v. Bosch, FamRZ 1981, 778 f.

2) LG Bonn, FamRZ 1980, 359, 361.

3) Schapp, FamRZ 1980, 215, 220.

4) Schapp, FamRZ 1980, 215, 220 f.

Ehegatten zugrunde liegt, macht die Untersuchung der Interessenlage der Ehegatten im Zusammenhang mit Zuwendungen zum gemeinsamen Hausbau notwendig.

1. Kapitel:

Benannte Zuwendungen

Die vorliegende Untersuchung befaßt sich zwar im ersten Teil mit dem Rechtsgrund unbenannter Zuwendungen. Da es jedoch einerseits herauszufinden gilt, welche causa den unbenannten Zuwendungen zugrunde liegt, andererseits aber die causae benannter Zuwendungen möglicherweise auch bei den unbenannten Zuwendungen vorliegen oder jedenfalls Rückschlüsse auf den Rechtsgrund unbenannter Zuwendungen zulassen könnten, sollen vorab die in Betracht kommenden Rechtsgründe benannter Zuwendungen aufgezeigt werden.

Allerdings ist zu beachten, daß in dieser Untersuchung die causae von Rechtsgeschäften zwischen Ehegatten und nicht die von Rechtsgeschäften zwischen Personen ohne eine derartige familienrechtliche Bindung herauszuarbeiten sind. Dieser Hinweis ist deswegen erforderlich, weil es zumindest denkbar ist, daß die sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ergebenden Rechte und Pflichten besondere Auswirkungen auf schuldrechtliche Beziehungen der Parteien haben.

Aus diesem Grunde ist, bevor einzelne schuldrechtliche causae für benannte Zuwendungen unter Ehegatten erörtert werden, vorrangig die Frage zu prüfen, ob die sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ergebenden Rechte und Pflichten Schuldrechtsverhältnisse zwischen Ehegatten inhaltlich beeinflussen.

A. Der Einfluß der Ehe auf Zulässigkeit und Inhalt
rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen zwischen
Ehegatten

Zwischen Ehegatten sind nach unserer Rechtsordnung grundsätzlich Rechtsgeschäfte jeder Art zulässig, gleichgültig in welchem Güterstand die Eheleute leben ¹⁾.

I. Schenkungsverbot zwischen Ehegatten außerhalb des
Bürgerlichen Rechts

Ein historischer Rückblick und der Vergleich mit Rechtsordnungen anderer Staaten zeigt jedoch, daß die Regelung des Bürgerlichen Rechts keineswegs überall selbstverständlich war und ist.

Vor dem Inkrafttreten des BGB, am 01.01.1900, waren in vereinzelt deutschen Staaten, deren Rechtsordnung auf dem gemeinen Recht basierte, Schenkungen unter Ehegatten verboten ²⁾.

Die Abneigung gegen Zuwendungen zwischen Ehegatten hatte ihren Ursprung im römischen Recht. Danach waren Schenkungen zwischen Ehegatten nichtig ³⁾. Für dieses Schenkungsverbot waren im wesentlichen zwei Gründe maßgebend:

1. Aus vermögenspolitischer Sicht sollte verhindert werden, daß das Vermögen aus der Familie des Schenkers in die für ihn fremde Familie des Beschenkten überging ⁴⁾. Dem lag die Auffassung zugrunde, daß das Vermögen nicht von einer Familie

1) BGH, FamRZ 1969, 78 f; Johannsen, WM 1978, 502, 508; 655; Lieb, S. 124 Fn. 75.

2) So z.B. in Sachsen gem. §§ 1647-1649 sächsisches Gesetzbuch, vgl. m.w.H. Mot. Bd. IV, S. 113 f.

3) Kaser, § 59 I 3a, S. 239; ausführlich zu den Gründen des Schenkungsverbots unter Ehegatten, Misera, FS Kaser, S. 407 ff.

4) Vgl. Bosch, FS Beitzke, S. 121, 123; Kühne, FS Beitzke, S. 249, 252; so auch Kaser, Das Römische Privatrecht, § 18 III, S. 79.

als Wirtschaftsverband ¹⁾ auf die andere übertragen werden sollte ²⁾. "Die Interessen der Familienverbände an der Erhaltung ihrer Vermögensmassen" ³⁾ standen also im Vordergrund.

2. Erbrechtliche Gesichtspunkte waren für ein Schenkungsverbot unter Ehegatten insoweit maßgebend, als erbrechtliche Erwerbsbeschränkungen nicht durch eine Schenkung zu Lebzeiten des Erblassers umgangen werden sollten ⁴⁾.

Dennoch hat das Schenkungsverbot nicht verhindern können, daß in der Praxis Schenkungen zwischen Ehegatten immer wieder vorkamen ⁵⁾.

Noch heute ist in einigen europäischen Rechtsordnungen die Schenkung unter Ehegatten ausgeschlossen. So sind in den Niederlanden gem. Art. 1715 des Burgerlijk Wetboek und in Spanien gem. Art. 1334 CC Schenkungen unter Ehegatten verboten. Daraus folgt, daß zumindest außerhalb des Bürgerlichen Rechts schuldrechtliche Geschäfte durch das Bestehen der Ehe überlagert werden können.

II. Einfluß der Ehe auf den Inhalt rechtsgeschäftlich begründeter Beziehungen zwischen Ehegatten

Die unbedenkliche Zulässigkeit von Rechtsgeschäften zwischen Ehegatten nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch führt jedoch nicht dazu, daß die rechtsgeschäftlichen Beziehungen völlig unbeeinflusst von der ehelichen Lebensgemeinschaft bleiben. Die Ansicht Gernhubers ⁶⁾,

-
- 1) Vgl. Kaser, Das Römische Privatrecht, § 18 III, S. 79.
2) So Holzapfel, S. 77 f.
3) Holzapfel, S. 77.
4) Kühne, FS Beitzke, S. 249, 252.
5) Vgl. Misera, FS Kaser, S. 407, 433 f.
6) Gernhuber, FamRZ 1958, 243, 248; nunmehr einschränkend Gernhuber, Familienrecht, § 19 II 5, S. 189.

daß Ehegatten, die sich für ein Gesellschaftsverhältnis entscheiden, es ablehnen, in dem Bereich der Mitarbeit von den Normen des Familienrechts beherrscht zu sein, erscheint fiktiv.

Es ist wirklichkeitsfremd, den Einfluß der besonderen menschlichen Verbundenheit bei einer intakten Ehe auf so personenbezogene gesellschafts- oder arbeitsrechtliche Verhältnisse zu leugnen. Die Ehefrau, die jahrelang ohne festes Entgelt in dem Geschäft oder der Gaststätte ¹⁾ ihres Mannes gearbeitet hat, erbringt diese Leistungen aufgrund ihrer persönlichen Verbundenheit mit ihrem Mann und zum Aufbau und zur Erhaltung einer gemeinsamen Existenz. Sie würde die gleiche Arbeit unter gleichen Bedingungen kaum gegenüber einem Fremden leisten, zu dem die durch die Ehe entstandenen persönlichen Beziehungen fehlen.

In welchem Umfang sich die eheliche Lebensgemeinschaft auf Rechtsgeschäfte zwischen Ehegatten auswirkt, soll nunmehr anhand einiger Beispiele gezeigt werden.

Die Ehe begründet besondere Rechte und Pflichten, die auch die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Ehegatten in gewissem Umfang beeinflussen. Die ehelichen Pflichten ergeben sich insbesondere aus der Generalklausel des § 1353, die die Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet.

So besteht zwischen den Ehegatten eine weiterreichende Auskunftspflicht ²⁾ als zwischen Gesellschaftern, die einander fremd sind. Dies führt dazu, daß der Ehepartner eine ausführlichere Auskunft als ein

1) Vgl. dazu BGHZ 8, 249 ff.

2) Müller-Freienfels, Eranion für Maridakis, S. 357, 382; Mü-Ko-Wacke, § 1353 Rdnr. 31.

fremder Gesellschafter über den Geschäftsverlauf oder eine besondere Gefährdung der Gesellschaft verlangen kann. Die gesellschaftlichen Beziehungen dienen nicht einer bloßen geschäftlichen Zweckverfolgung, sondern sind darüber hinaus Grundlage für die gemeinsame Existenz und die Verwirklichung der Ehe. Falls auch ein Dritter Gesellschafter ist, gebietet das Prinzip der Gleichbehandlung aller Gesellschafter gegenüber dem Dritten allerdings eine ebenso umfassende Auskunftspflicht ¹⁾ wie gegenüber dem Ehepartner.

Der gesteigerten Auskunftspflicht einerseits steht andererseits eine abgemilderte Pflicht zur Rechnungslegung ²⁾ in der Ehegatten-Gesellschaft gegenüber. Aus dem in den §§ 713, 666 geregelten Anspruch auf Rechnungslegung ist der Grundsatz zu entnehmen, daß derjenige rechenschaftspflichtig ist, der wie beim Auftrag fremde Angelegenheiten besorgt. Die Pflicht zur Rechnungslegung soll es dem Berechtigten ermöglichen, bei Unregelmäßigkeiten Herausgabe- oder Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Die Ehegatten stehen sich jedoch nicht wie Fremde gegenüber. Ihr Verhältnis ist bei einer guten Ehe nicht von Mißtrauen oder dem Bedürfnis nach gegenseitiger Kontrolle bestimmt. Meinungsverschiedenheiten über gesellschafts- oder vermögensrechtliche Angelegenheiten regeln sie unter sich und bemühen nicht erst Gerichte zur Streitentscheidung. Aus diesem Grunde ist es für eine Ehegatten-Gesellschaft kennzeichnend ³⁾, daß die Gesellschafter auf eine gegenseitige Rechnungslegung verzichten.

1) Müller-Freienfels, Eranion für Maridakis, S. 357, 382.

2) Müller-Freienfels, Eranion für Maridakis, S. 357, 382.

3) So BGH, FamRZ 1962, 357 f; vgl. auch BGHZ 8, 249, 253.

Schließlich wirkt sich auf Rechtsgeschäfte zwischen Ehegatten auch noch die durch die Ehe begründete Treuepflicht aus, die über die rein gesellschaftsrechtlichen Anforderungen hinausgeht ¹⁾.

Den Ehegatten obliegt die Verpflichtung zur gegenseitigen Rücksichtnahme in vermögensrechtlichen Angelegenheiten. Das Reichsgericht ²⁾ hat aus § 1353 den Schluß gezogen, daß die Geltendmachung von vermögensrechtlichen Ansprüchen der Ehegatten untereinander ausgeschlossen ist, wenn sie dem Wesen der Ehe widerstreitet. Zur Begründung führt das Reichsgericht an, es könne nicht der Wille des Gesetzes sein, einerseits einem Ehegatten die Rechtspflicht zu einem dem sittlichen Wesen der Ehe entsprechenden Verhalten aufzuerlegen, andererseits aber diesem Ehegatten eine gerade gegen diese Rechtspflicht verstoßende Durchsetzung eines vermögensrechtlichen Anspruchs zu ermöglichen.

Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof ³⁾ aufgegriffen und anhand einer Fallgruppe konkretisiert. Der BGH hat das Verbot der Geltendmachung von vermögensrechtlichen Ansprüchen nur für den Fall bejaht, in dem schon die Durchsetzung eines solchen Anspruchs den äußeren Lebensbereich, die Wohnung und den Hausstand des Anspruchsgegners beeinträchtigt ⁴⁾. Ein solcher Fall ist nach der Ansicht des BGH dann gegeben, wenn etwa "das Verlangen auf Herausgabe der Möbel oder die Entziehung der ehelichen Wohnung das Heim des Anspruchsgegners zerstört" ⁵⁾.

Dagegen soll es nicht die Aufgabe des aus § 1353 entnommenen Verbots sein, darüber hinaus den Anspruchs-

1) Vgl. Soergel-Lange, § 1356 Rdnr. 29.

2) RGZ 87, 56, 63.

3) BGH, NJW 1961, 504 f; Fischer, IM HGB Nr. 16 zu § 105.

4) BGH, NJW 1961, 504 f; vgl. auch BGH, NJW 1977, 378.

5) So BGH, NJW 1961, 504.

haber von einem anderweitigen ehewidrigen Verhalten wie zum Beispiel dem Ehebruch abzuhalten, indem dieser den Anspruch im Falle eines Verstoßes gegen seine eheliche Treuepflicht verliert. Vielmehr soll der Ausschluß vermögensrechtlicher Ansprüche nur verhindern, daß durch die bloße Geltendmachung eines solchen Anspruchs ein weiteres ehewidriges Verhalten eintritt.

Ebenso spielt die eheliche Lebensgemeinschaft bei der Rückforderung von Zuwendungen eine Rolle, die gem. § 1360 b eine Unterhaltsleistung oder eine Schenkung nach § 534 darstellen.

Soweit die Zuwendung eine Leistung zum Unterhalt der Familie ist, stellt § 1360 b die widerlegliche Vermutung des Verzichts auf Rückforderung dieser Zuwendung auf. Allerdings gilt die Vermutung des § 1360 b nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nur für Leistungen, die der Art nach zum Familienunterhalt gehören ¹⁾. Hierbei handelt es sich um Zuwendungen, die der Sicherung des Lebensbedarfs dienen (vgl. § 1360 a) und zur Bestreitung laufender Bedürfnisse des Haushalts erforderlich sind. Die Übereignung eines Grundstücks oder die Finanzierung eines Hausbaus auf dem Grundstück des anderen Ehegatten zählt nicht mehr zur Erfüllung laufender Bedürfnisse des Haushalts ²⁾. Die Unterhaltsleistung - Besorgung von Wohnraum - verlangt nicht die Eigentumsverschaffung oder Finanzierung eines Eigenheims. Daher spielt der gesetzlich vermutete Verzicht auf Ersatzansprüche nach § 1360 b bei ehebedingten Zuwendungen, die den gemeinsamen Hausbau betreffen ³⁾, keine Rolle.

-
- 1) Mü-Ko-Wacke, § 1360 b Rdnr. 6; Henrich, § 9 I 4, S. 50 f; Staudinger-Hübner, § 1360 b Rdnr. 5; für entsprechende Anwendung Soergel-Lange, § 1360 b Rdnr. 3.
 - 2) BGH, FamRZ 1966, 630 f; einschränkend Rolland, § 1360a Rdnr. 3.
 - 3) Vgl. die Fallkonstellationen zum gemeinsamen Hausbau, S. 3 f.

Die eheliche Lebensgemeinschaft wirkt sich auch auf Rückabwicklungsansprüche bei Schenkungen aus, wenn es sich bei der Zuwendung in Anbetracht der Ehe um eine Pflicht- oder Anstandsschenkung handelt. Eine solche Schenkung kann gem. § 534 nicht zurückgefordert werden ¹⁾, falls sie zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht oder aus Rücksicht auf den Anstand erfolgte. Die Finanzierung eines Eigenheims oder die Schenkung eines Grundstücks stellt jedoch regelmäßig keine Leistung des Ehegatten dar, zu der er aus Anstand oder sittlichen Erwägungen gehalten ist. Zum einen besteht keine in den Geboten der Sittlichkeit wurzelnde Pflicht, seinem Ehepartner zum gemeinsamen Hausbau Geld zu schenken oder ein Grundstück zu übereignen. Zum anderen ist nicht zu erkennen, daß der Schenker ohne die Zuwendung zum Hausbau weniger anerkannt oder geachtet würde. Bei den Pflicht- und Anstandsschenkungen handelt es sich in der Regel um verhältnismäßig geringwertige Zuwendungen, die den Beschenkten zu keiner besonderen Dankbarkeit verpflichten ²⁾. Zu den Zuwendungen i.S. des § 534 zählen typischerweise Weihnachts-, Geburtstags- und Hochzeitsgeschenke ³⁾.

Dagegen bedeuten die Übereignung eines wertvollen Grundstücks und die mit der Zuwendung häufig verbundenen finanziellen Belastungen wie die Kreditaufnahme für den Schenker ein großes Opfer, das im Falle der Schenkung besondere Anerkennung des Beschenkten hervorruft. Daraus ergibt sich, daß für die hier zu untersuchenden Zuwendungen zum gemeinsamen Hausbau der Widerruf der Zuwendung im Falle einer Schenkung zumindest nicht durch § 534 ausgeschlossen ist.

-
- 1) Str., ob § 534 die Herausgabe des Geschenks trotz Nichtvollziehung der Auflage nach § 527 ausschließt; dafür OLG Nürnberg, BB 1965, 1426; dag. Palandt-Putzo, § 534 Anm. 1.
 - 2) Vgl. Prot. II, S. 37.
 - 3) Mü-Ko-Kollhosser, § 534 Rdnr. 5.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist festzuhalten, daß zwischen Ehegatten in gleicher Weise wie zwischen unverheirateten Personen Rechtsgeschäfte jeder Art zulässig sind. Allerdings kann die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353) insbesondere im gesellschaftsrechtlichen Bereich den Inhalt rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen beeinflussen. Bei den im folgenden zu erörternden schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Ehegatten ist deshalb auch dieser Gesichtspunkt zu berücksichtigen.

B. Motive für benannte Zuwendungen zwischen Ehegatten

Die Zuwendung eines Grundstücks oder die ausschließliche Finanzierung des gemeinsamen Hausbaus auf dem Grundstück des Ehepartners kann aus unterschiedlichsten Anlässen erfolgen. Häufig stehen Gründe der Steuerersparnis und der Wille zur Regelung der Vermögensverhältnisse noch zu Lebzeiten des Zuwenders im Vordergrund.

I. Vorweggenommene Erbfolge

Wenn der zukünftige Erblasser noch zu Lebzeiten Einfluß auf die Verteilung seines Vermögens nehmen will und die Aufteilung über seinen Tod hinaus Bestand haben soll, bieten sich grundsätzlich zwei Wege an: Zum einen eröffnet das Erbrecht die Möglichkeit, durch Verfügung von Todes wegen die Aufteilung der Habe abweichend von der gesetzlichen Erbfolge zu regeln. Der zukünftige Erblasser kann durch einseitige Verfügung von Todes wegen gem. § 1937 (Testament) oder durch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, in dem wenigstens eine Partei von Todes wegen verfügt (Erbvertrag), die Verteilung seines Vermögens nach seinem Tode bestimmen. Schließlich ist auch das gemeinschaftliche Ehegattentestament als Gestaltungsmittel für die

Vermögensordnung der Familie ¹⁾ zu erwähnen. Die Verfügung von Todes wegen hat für den Verfügenden den Vorteil, daß er bis zu seinem Tode Herr über sein Vermögen bleibt und sich die wirtschaftliche Unabhängigkeit gegenüber den möglichen Erben bewahrt.

Zum anderen kann der Ehegatte aber auch im Wege der vorweggenommenen Erbfolge Vermögensverfügungen treffen, die bereits zu Lebzeiten einen Vermögensübergang auf den anderen Ehegatten zur Folge haben.

Bei der vorweggenommenen Erbfolge handelt es sich nicht um einen gesetzes-technischen Begriff. Vielmehr werden in der Praxis mit diesem Begriff alle Zuwendungen bezeichnet, die ein Erblasser zu Lebzeiten mit seinen zukünftigen Erben im Blick auf die Erhaltung seines Vermögens nach dem Tode vornimmt ²⁾. Der Rechts-erwerb im Falle der vorweggenommenen Erbfolge unterscheidet sich vom Erwerb bei der echten Erbfolge dadurch, daß bei der vorweggenommenen Erbfolge der Erwerb im Wege der rechtsgeschäftlichen Einzelrechts-nachfolge eintritt.

1. Familiäre Gründe für vorweggenommene Erbfolge

a) Unternehmensnachfolge

Die Ordnung des Familienvermögens durch die vorweggenommene Erbfolge ist besonders häufig bei der Unternehmensnachfolge anzutreffen. Dies hat den Vorteil, daß durch die frühzeitige Übertragung der Gesellschafterstellung an den zukünftigen Erben ein allmählicher, nahtloser Übergang in die Unternehmensleitung erfolgt und damit den Gefahren des plötzlichen Eintritts in das Unternehmen wie beim Erbfall vorgebeugt wird ³⁾.

-
- 1) Zur Vermögensordnung der Familie durch das Erbrecht vgl. Battes, Gemeinschaftliches Testament und Ehegattenerbvertrag als Gestaltungsmittel für die Vermögensordnung der Familie, Bielefeld 1974.
2) Westhoff, S. 256; Esch/Schulze zur Wiesche, RdNr. 752.
3) Vgl. zu diesem und weiteren Gründen bei der lebzeitigen Unternehmensnachfolge Michalski, DB 1980, Beil. 5, S. 6 ff.

b) Altersvorsorge

Neben der Unternehmensnachfolge kommt im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge auch die Übertragung eines Grundstücks oder die Finanzierung eines Hausbaus als Motiv für den Ehegatten in Betracht. In diesem Falle steht häufig der Gesichtspunkt der Altersvorsorge für den vermögenslosen Ehepartner im Vordergrund. Mitunter überträgt der Zuwender auch das Grundstück an seinen wesentlich jüngeren Lebensgefährten, um zugleich den eigenen Lebensabend zu sichern. Der Zuwender wird sich unter Umständen für diese Variante eigener und fremder Altersversorgung entscheiden, wenn er aufgrund seines Alters oder des Gesundheitszustands nicht mehr in der Lage ist, etwa die Hausverwaltung eines großen Mietshauses fortzuführen. Weil der Zuwender nicht mehr die Kraft und den Überblick hat, das zur gemeinsamen Altersvorsorge gebaute Mietshaus wirtschaftlich sinnvoll zu verwalten, soll der jüngere Ehepartner aufgrund seines größeren Sachverständes die Verwaltung übernehmen und auch in Zukunft für gesicherte und angemessene Mieteinnahmen sorgen. Der ältere Ehepartner will einen geruhamen Lebensabend verbringen und sich nicht mehr um die mit der Verwaltung des Eigentums verbundene Arbeit kümmern. Die eigene Altersvorsorge durch Zuwendung eines Grundstücks an den Ehegatten dürfte in der Praxis aber nur bei Ehepaaren mit erheblichem Altersunterschied eine Rolle spielen. Der die Zuwendung empfangende Ehegatte muß noch so jung sein, daß er den Zuwender wahrscheinlich überlebt und noch die Kraft hat, auf dem zugewandten Grundstück beispielsweise ein Geschäft zu betreiben oder die Verwaltung des Mietshauses zu übernehmen.

Der Zuwender wird den Hausbau in der Regel aber nur dann finanzieren oder das Grundstück übereignen, wenn zu seinen Gunsten ein Nießbrauch oder ein Wohnrecht eingeräumt wird. Erst die dingliche Sicherung gibt

dem Zuwender die ausreichende Sicherheit, für den Lebensabend vorgesorgt zu haben. Das Bedürfnis nach der Erhaltung der Lebensgrundlage des Ehegatten tritt besonders deutlich zutage, wenn die Existenzsicherung nach dem Tode des Zuwenders nicht durch öffentliche Mittel - wie die Rentenversicherung - gewährleistet ist ¹⁾. Dies ist häufig bei selbständigen Geschäftsleuten der Fall, die keine Beiträge zur Rentenversicherung gezahlt haben. Hier bietet z.B. das Mietshaus mit seinen Mieteinnahmen zumeist noch eine hinreichende Sicherung. Zudem hat die Übertragung eines Grundstücks oder die Finanzierung des gemeinsamen Hausbaus auf dem Grundstück des Ehegatten im Wege der vorweggenommenen Erbfolge gegenüber der "Automatik" ²⁾ des Erbrechts den Vorteil, durch die Zuwendung unter Umständen eine zeitnahe und der Situation angepaßte Lösung zu finden ³⁾. So ist das Ausnutzen von Steuervorteilen, die zum Zeitpunkt der Zuwendung bestehen, ein aktueller Grund für die vorweggenommene Erbfolge ⁴⁾. Ferner ist die Vermögensnachfolge bereits zu Lebzeiten des bisherigen Vermögensinhabers geregelt und es herrschen klare Verhältnisse. Der Zuwender kann bei Streitigkeiten zwischen möglichen Erben mit dem Ziel eingreifen, dem Ehegatten bis zu seinem Tode bei den Streitigkeiten Beistand zu leisten, die andernfalls erst nach seinem Tode ausgetragen würden. Auf seiten des Empfängers sind die Vorteile der vorweggenommenen Erbfolge neben dem vorzeitigen Vermögenszuwachs und seinen Nutzungsmöglichkeiten insbesondere in der Beruhigung zu sehen, daß die eigene finanzielle Zukunft gesichert ist.

1) Vgl. Battes, Gemeinschaftliches Testament und Ehegattenerbvertrag, S. 244.

2) So treffend Felix, Rdnr. 46.

3) Vgl. Felix, Rdnr. 46.

4) Vgl. im einzelnen S. 27 ff.

c) Vermeidung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs

Ein weiteres Motiv für die Grundstückszuwendung oder die Finanzierung des gemeinsamen Hausbaus könnte in der Absicht liegen, einen Pflichtteilsergänzungsanspruch möglicher pflichtteilsberechtigter Kinder, die sich mit dem zukünftigen Erblasser überworfen haben oder die aus erster Ehe stammen, nach Ablauf der 10-Jahresfrist des § 2325 Abs. 3 auszuschließen ¹⁾. Diese Vorschrift ordnet an, daß eine Schenkung grundsätzlich nicht dem Nachlaß des Schenkers hinzugerechnet wird, wenn seit der Zuwendung 10 Jahre verstrichen sind. Dies hat zur Folge, daß nach Ablauf dieser Frist der Pflichtteilsberechtigte nicht mehr geltend machen kann, ihm stehe wegen der Hinzurechnung des Wertes der Zuwendung zum Nachlaß ein Pflichtteilsergänzungsanspruch zu. Soweit es sich um Schenkungen zwischen Ehegatten handelt, erschwert § 2325 Abs. 3, 2. Halbs. jedoch die Vereitelung eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs erheblich. Nach dieser Vorschrift beginnt der Lauf der 10-Jahresfrist erst mit dem Zeitpunkt der Eheauflösung. Falls die Ehe durch den Tod des Schenkers aufgelöst worden ist, muß der beschenkte Ehegatte noch 10 Jahre nach dem Tode des Schenkers mit Pflichtteilsergänzungsansprüchen der Pflichtteilsberechtigten rechnen, selbst wenn die Zuwendung schon wesentlich länger zurückliegt. Dagegen sind die Erben oder der Beschenkte selbst in den Fällen des § 2329 keinem Pflichtteilsergänzungsanspruch mehr ausgesetzt, wenn andere Familienangehörige oder Dritte beschenkt worden sind und nur der Zeitpunkt der Zuwendung 10 Jahre zurückliegt. Lediglich Pflicht- und Anstandsschenkungen, zu denen die Zuwendung eines Grundstücks oder die Finanzierung des

1) Vgl. hierzu OLG Karlsruhe, FamRZ 1981, 556 f.

Hausbaus gerade nicht gehört ¹⁾, sind von der 10-Jahresfrist gem. § 2330 ausgenommen. Desweiteren hat der BGH ²⁾ auch Pflichtteilsergänzungsansprüche hinsichtlich solcher Schenkungen ausgeschlossen, die zu einem Zeitpunkt geleistet wurden, zu dem noch kein Verhältnis bestand, welches den Pflichtteilsanspruch begründet. Danach kann z.B. ein Ehegatte keine Pflichtteilsergänzungsansprüche wegen Schenkungen geltend machen, die vor Eingehung der Ehe gemacht worden sind. Soweit der Pflichtteilsergänzungsanspruch aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, muß der beschenkte Ehegatte gem. § 2325 Abs. 3, 2. Halbs. noch 10 Jahre nach der Auflösung der Ehe mit der Geltendmachung eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs rechnen.

Die für den beschenkten Ehegatten wesentlich ungünstigere Regelung des Fristbeginns nach § 2325 Abs. 3, 2. Halbs. wirft die Frage auf, ob diese Vorschrift gegen Art. 6 Abs. 1 GG verstößt.

Peters ³⁾ ist der Ansicht, der besondere Fristbeginn bei Schenkungen unter Ehegatten führe in manchen Fällen zu einer erheblichen Benachteiligung des überlebenden Ehegatten im Vergleich zu anderen Beschenkten. Für diese Ungleichbehandlung gebe es unter Berücksichtigung der Trennung des Vermögens der Ehegatten beim gesetzlichen Güterstand keinen hinreichenden Grund ⁴⁾, so daß § 2325 Abs. 3, 2. Halbs. gegen Art. 6 Abs. 1 GG verstoße und damit verfassungswidrig sei.

Der Gesetzgeber hat sich bei der Einführung des besonderen Fristbeginns bei Schenkungen unter Ehegatten davon leiten lassen, daß der verschenkte Gegenstand

1) Vgl. S. 18 f.

2) BGH, FamRZ 1973, 87 ff; vgl. ablehnende Anm. von Bosch, FamRZ 1973, 90 f; Reinicke, NJW 1973, 597 ff.

3) Peters, FamRZ 1973, 169, 172; ebenso Soergel-Dieckmann, § 2325 Rdnr. 19.

4) Peters, FamRZ 1973, 169, 172; ebenso Schelter, S. 95; vgl. auch LG Wiesbaden, FamRZ 1975, 654.

beim Güterstand der ehemännlichen Verwaltung und Nutzung nicht in rechtlicher, wohl aber in tatsächlicher Hinsicht gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten bleibt und der Schenker während der Ehe weiterhin an dem Genuß des verschenkten Gegenstands teilhaben kann ¹⁾. Schließlich hatte der Gesetzgeber den Verdacht, daß bei Schenkungen unter Ehegatten arglistiges Verhalten ²⁾ zur Benachteiligung der Erben das entscheidende Motiv der Zuwendung sein könnte. Soweit der besondere Fristbeginn mit dem Hinweis auf das tatsächlich gemeinschaftliche Vermögen beider Ehegatten gerechtfertigt wurde, kann zumindest seit der Ablösung des Güterstands der ehemännlichen Verwaltung und Nutzung und der Geltung der Zugewinnngemeinschaft als gesetzlichen Güterstand nicht mehr wie selbstverständlich von einem tatsächlich gemeinschaftlichen Vermögen ausgegangen werden ³⁾. Zwar besteht unabhängig von den Eigentumsverhältnissen gem. § 1353 Abs. 1 ein Anspruch auf Mitbenutzung der Ehewohnung und des Hausrats ⁴⁾. Dennoch bleibt bei der Zugewinnngemeinschaft das Vermögen des jeweiligen Partners selbständig und jeder Ehegatte kann darüber ohne Zustimmung des anderen verfügen. Dem steht nicht entgegen, daß sich seit der Reform des Güterrechts im tatsächlichen Bereich wenig geändert hat und die Ehepartner in einer guten Ehe vielfach alle Gegenstände unabhängig von den Eigentumsverhältnissen gemeinsam nutzen. Diese gemeinschaftliche Nutzung, die dem Ehefrieden dient, darf kein Grund sein, den beschenkten Ehegatten im Vergleich zu anderen zu benachteiligen. Zudem erscheint es angesichts des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft inkonsequent, einerseits die Trennung des Vermögens der Eheleute gesetz-

1) Prot., Bd. V, S. 587 f.

2) Vgl. Prot., Bd. V, S. 587 f.

3) LG Wiesbaden, FamRZ 1975, 654 f.

4) Vgl. Mü-Ko-Wacke, § 1353 Rdnr. 30; Gernhuber, Familienrecht, § 19 III, S. 190.

lich zu bestimmen, andererseits aber zur bloßen Rechtfertigung von § 2325 Abs. 3, 2. Halbs. von einer tatsächlichen Vermögensgemeinschaft auszugehen.

Auch der vom Gesetzgeber geäußerte Verdacht der Benachteiligungsabsicht der übrigen Erben bei Schenkungen zwischen Ehegatten ist keine überzeugende Begründung für die in § 2325 Abs. 2, 2. Halbs. enthaltene Ausnahmeregelung. Zum einen ist zu berücksichtigen, daß die Absicht des Erblassers, den Pflichtteil zu verkürzen, anders als im Falle der beeinträchtigenden Schenkung zu Lasten eines Vertragserben ¹⁾ unerheblich ²⁾ ist. Nur im Falle des Erbvertrages hat die Schenkung zum Zwecke der Benachteiligung eines Vertragserben in § 2287 eine gesetzliche Regelung gefunden. Dagegen gibt es eine solche Vorschrift nicht im Pflichtteilsrecht. Aber selbst wenn die Benachteiligungsabsicht für den Pflichtteilsergänzungsanspruch von Bedeutung wäre und die besondere Regelung des § 2325 Abs. 3, 2. Halbs. rechtfertigte, so bleibt offen, weshalb denn eine Benachteiligungsabsicht bei Schenkungen an Dritte nicht genau so nahe liegt. Zudem könnte der Grundstücks- oder der Geldzuwendung schon dadurch der Charakter einer Schenkung genommen und so der Pflichtteilsergänzungsanspruch ausgeschlossen werden, daß der Empfänger dafür auf sein Erb- oder Pflichtteilsrecht verzichtet ³⁾.

Die vom Bundesverfassungsgericht ⁴⁾ im Falle der Einschränkung des Art. 6 Abs. 1 GG geforderten einleuchtenden Sachgründe, die eine ungünstigere Regelung bei Ehegatten aufgrund der besonderen Situation der Ehe rechtfertigen, sind daher nicht erkennbar.

-
- 1) In § 2287 hat die Schenkung zum Zwecke der Benachteiligung des Vertragserben eine gesetzliche Regelung gefunden; im Pflichtteilsrecht besteht eine solche Vorschrift nicht.
 - 2) Kipp-Coing, § 13 II 2, S. 91; Langenfeld, S. 77.
 - 3) Vgl. Mot., Band V, S. 450; Schelter, S. 95; Staudinger-Ferid, § 2325 Rdnr. 6.
 - 4) Vgl. BVerfGE 6, 55, 76; 34, 105, 109.

Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit dieser Vorschrift wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 GG kann von den ordentlichen Gerichten selbst getroffen werden. Eine Vorlage beim Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 Abs. 1 GG ist nicht möglich, da § 2325 vorkonstitutionelles Recht ist. Aus nachkonstitutionellen Änderungen anderer Vorschriften des Pflichtteilsrechts wie etwa §§ 2311 Abs. 1, 2316 Abs. 1 Satz 1, 2331, 2331 a und § 2325 ist nicht zu entnehmen, daß der Gesetzgeber die unverändert gebliebene Vorschrift des § 2325 in seinen Willen aufgenommen hat ¹⁾.

Allerdings ist der Weg für eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des § 2325 Abs. 3, 2. Halbs. dann eröffnet, wenn gegen ein letztinstanzliches Urteil eines ordentlichen Gerichts Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Art. 6 Abs. 1 GG erhoben wird. Da jedoch bis zu einer endgültigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts das Risiko besteht, daß die ordentlichen Gerichte die Frage der Verfassungswidrigkeit des § 2325 Abs. 3, 2. Halbs. unterschiedlich entscheiden, dürfte die lebzeitige Zuwendung eines Grundstücks oder von Geldmitteln ausschließlich zwecks Verkürzung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs keine bedeutende Rolle spielen.

2. Vorweggenommene Erbfolge aus steuerlichen Gründen

Ein weiterer Grund, dem Ehepartner bereits zu Lebzeiten ein Grundstück oder Geld zum Bau eines Hauses zuzuwenden, kann sich aus dem Steuerrecht ergeben.

-
- 1) Welche Anforderungen das BVerfG an die Aufnahme einer vorkonstitutionellen Norm in den Willen des Gesetzgebers stellt, zeigt die Entscheidung in BVerfGE 32, 296, 299 f zu § 1300.

a) Erbschaft-/Schenkungsteuer

Dabei wird es für die Eheleute von besonderem Interesse sein, die möglicherweise beim Erbfall anfallende Erbschaftsteuer durch lebzeitige Zuwendungen an den Partner auszuschließen oder zu mindern. Grundsätzlich sind sowohl der Vermögenserwerb von Todes wegen als auch die Schenkung unter Lebenden gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 ErbStG steuerpflichtig. Der im ErbStG gebrauchte Begriff der Schenkung ist aber nicht identisch mit dem des bürgerlichen Rechts. Die in § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG genannte freigebige Zuwendung verlangt im Gegensatz zu § 516 keine Einigung über die Unentgeltlichkeit¹⁾. Entscheidend ist für die freigebige Zuwendung nur der Bereicherungswille des Zuwenders. Als steuerpflichtig gilt jedoch nicht jeder Vermögenserwerb unabhängig von seiner Höhe, sondern gem. § 10 Abs. 1 ErbStG nur die Bereicherung des Empfängers, die nach Abzug von Steuerfreibeträgen übrig bleibt. Beim Ehegatten sind vom Vermögenserwerb im Falle der Zugewinnngemeinschaft gem. § 5 ErbStG der Betrag der Ausgleichsforderung, ein Versorgungsfreibetrag in Höhe von 250 000,- DM²⁾ und zusätzlich gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ein weiterer Freibetrag in Höhe von 250 000,- DM abzuziehen. Soweit nach Abzug dieser Freibeträge noch eine Bereicherung verbleibt, unterliegt diese der progressiven Besteuerung in Höhe von 3 bis 35 % (§ 19 ErbStG). Angesichts der Höhe dieser Freibeträge spielen lebzeitige Vermögenszuwendungen aus erbschaftsteuerlichen Gesichtspunkten zwar nur bei verhältnismäßig wenigen Eheleuten eine Rolle³⁾. Soweit aber Grundstücks- oder Geldzuwendungen für einen Hausbau vorliegen,

1) Megow-Michel, § 7 Rdnr. 3.

2) Der Versorgungsfreibetrag ist allerdings um den Kapitalwert nicht erbschaftsteuerbarer Versorgungsbezüge wie der von Beamten, Angestellten und Arbeitern zu kürzen; vgl. n.w.N. Megow-Michel, § 17 Rdnr. 2.

3) Vgl. BT-Drucks. IV, 3418, S. 126, Anh. 11.

werden die Freibeträge schon aufgrund des erheblichen Wertes von Grundstücken, insbesondere wenn sie mit einem Mietshaus bebaut sind, schnell überschritten. Wenn der Zuwendungsempfänger als möglicher Erbe das Entstehen eines Anspruchs aus Erbschaft-/Schenkungsteuer vermeiden will, nutzt dieser die Steuerfreiheit von Zuwendungen bis zur Höhe von 250 000,- DM nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG bereits zu Lebzeiten des künftigen Erblassers aus. Diese Zuwendungen können wegen der Regelung des § 14 Abs. 1 ErbStG alle 10 Jahre in gleicher Höhe wiederholt werden, ohne daß die Schenkungsteuer anfällt. Die Inanspruchnahme des Steuerfreibetrages von 250 000,- DM ist auch dann möglich, wenn der Zuwender ausschließlich die Absicht gehabt hat, durch Zerlegung seines Vermögens die sonst mit dem Erbfall entstehende Erbschaftsteuer zu umgehen.

Das Ausnutzen der Freibetragsgrenze ist für den Ehegatten, der seinem Lebensgefährten ein Grundstück zuwendet, besonders interessant. Da bei den stark steigenden Grundstückspreisen der Verkehrswert eines Grundstücks in der Regel wesentlich höher als die an den Maßstäben des Jahres 1964 orientierte Einheitsbewertung liegt ¹⁾, können auch Grundstücke mit einem Verkehrswert über 250 000,- DM steuerfrei zugewandt werden, solange nur nach der für die Besteuerung maßgeblichen Einheitsbewertung die Grenze von 250 000,- DM nicht überschritten wird.

Soweit zwischen Eheleuten Grundstückszuwendungen unter Nießbrauchsvorbehalt vor der Reform des Erbschaftsteuergesetzes aus dem Jahre 1974 stattfanden, boten zusätzliche Steuervergünstigungen einen weiteren Anhaltspunkt. Es bestand nämlich die Möglichkeit, den kapitalisierten Wert des Nießbrauchsvorbehalts von dem

1) Petzoldt, DNotZ 1976, 133.

Einheitswert des Grundstücks abzuziehen ¹⁾. Der so zu versteuernde Einheitswert konnte dadurch unter Umständen unter die Steuerfreibetragsgrenze von 250 000,- DM sinken. Zumindest wurde durch den Abzug des Nießbrauchswertes oder ähnlicher Lasten ²⁾ die Steuerprogression gemildert. Seit dem Inkrafttreten des § 25 ErbStG ' 74 ist diese Möglichkeit der Steuerminderung ausgeschlossen. Die Sofortversteuerung der Zuwendung ist gem. § 25 Abs. 1 Ziff. b ErbStG mit dem Nachteil der Nichtabzugsfähigkeit solcher Grundstücksbelastungen verbunden. Diese Vorschrift ist in der Literatur als Beispiel schlechter Gesetzgebungstechnik ³⁾ kritisiert worden, denn die Möglichkeit des Abzugs von Belastungen hat § 25 ErbStG ' 74 entgegen der gesetzgeberischen Absicht nicht vollständig beseitigt ⁴⁾. Schulze zur Wiesche ⁵⁾ will § 25 ErbStG' 74 dadurch umgehen, daß anstelle der Schenkung unter einer Auflage nunmehr eine gemischte Schenkung vorgenommen wird, bei der der Nießbrauch oder die Rente entgeltlich ist und deshalb wie der gesamte entgeltliche Teil des Rechtsgeschäfts von vornherein der Schenkungsteuer nicht unterliegt. Wer diesen Weg zur Umgehung der Schenkungsteuer nicht wählt, muß mit der Doppelbelastung ⁶⁾ durch Schenkungsteuer und Grunderwerbsteuer rechnen.

Ein weiterer Grund für die lebzeitige Grundstückszuwendung zwischen Ehegatten liegt darin, daß Grundstücke seit Jahren stark in ihrem Wert steigen. Es besteht daher die Gefahr, daß bis zum ungewissen Zeit-

1) Petzoldt, DNotZ 1972, 581, 583.

2) Z.B. Renten.

3) So Langenfeld, S. 18.

4) Vgl. Troll, DB 1974, 1783; Kapp, § 25 RdNr. 10.

5) Schulze zur Wiesche, NJW 1975, 2089 ff; a.A. Kapp, NJW 1976, 138.

6) Vgl. S. 31 ff.

punkt des Erbfalls eine so große Steigerung des Einheitswerts eingetreten ist, daß die Steuerfreibetragsgrenze überschritten wird oder der Wertzuwachs zu einer höheren Besteuerung führt. Dagegen wird der zwischen der Übertragung und dem Erbfall eintretende Wertzuwachs des Grundstücks bei lebzeitiger Zuwendung steuerlich nicht erfaßt. Neben der sich für die Steuerhöhe ungünstig auswirkenden Wertsteigerung besteht zudem die Gefahr, daß in spätestens 10 bis 15 Jahren ¹⁾ mit zum Nachteil des Steuerpflichtigen geänderten Wertansätzen zur Einheitsbewertung des Grundstücks zu rechnen ist. Denn der schnell steigende Verkehrswert der Grundstücke würde sich ohne Änderung der Bewertungsmaßstäbe zu einem immer krasserem Mißverhältnis zwischen Verkehrswert und Einheitsbewertung entwickeln, da die Einheitsbewertung noch nicht die Wertmaßstäbe aus dem Jahre 1964 zugrunde legt.

b) Grunderwerbsteuer

Wenn der Ehemann seiner Frau bereits zu Lebzeiten ein Grundstück oder erhebliche Geldmittel schenkt, kann die Ersparnis von Erbschaft-/Schenkungssteuer eine entscheidende Rolle spielen. Dagegen werden grunderwerbsteuerliche Vorteile kein zusätzlicher Beweggrund für eine Grundstücksschenkung sein, denn der Anfall dieser Steuer ist gem. § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG ²⁾ schon dann ausgeschlossen, wenn es sich um einen Grundstückserwerb durch Erbfall oder durch Zuwendung unter Lebenden handelt. Für diese Fälle kommt eine Besteuerung nur im Rahmen des Erbschaft- und Schenkungssteuergesetzes infrage. Der Gesetzgeber wollte mit

1) Vgl. Michalski, DB 1980, Beil. Nr. 5, S. 6.

2) Zitiert ist das GrEStG 1940.

dem Ausschluß der Grunderwerbsteuer grundsätzlich eine Doppelbesteuerung vermeiden.

Die Gefahr der Doppelbelastung ist jedoch dann gegeben, wenn die Grundstückszuwendung unter einer Auflage erfolgt. Als Auflage i.S. des § 3 Nr. 2 Satz 2 GrEStG sind insbesondere der Nießbrauch, Renten oder ähnliche Lasten anzusehen. Diese Auflagen stellen Gegenleistungen dar, die zur Grunderwerbsteuer herangezogen werden ¹⁾. Der Steuersatz richtet sich nach dem Landesrecht. In der Regel setzt er sich aus 3 % des Wertes der Gegenleistung und aus weiteren 4 % Zuschlag für Städte und Landkreise ²⁾ zusammen. Neben der Grunderwerbsteuer fällt bei der Grundstücksschenkung unter einer Auflage auch noch die Schenkungsteuer an, soweit der Wert der Zuwendung die Steuerfreibetragsgrenze übersteigt. Gerade die Schenkung unter einer Auflage kann wegen der Doppelbesteuerung zur besonderen Härte führen, weil einerseits der Wert der Auflage nach dem Grunderwerbsteuergesetz zu versteuern ist. Andererseits kann dieser Wert gem. § 25 ErbStG'74 im Rahmen der Erbschaft-/Schenkungssteuer nicht mehr von der Einheitsbewertung abgezogen werden, obwohl die Auflage den Wert der Zuwendung mindert ³⁾. Diese Regelung führt dazu, daß aus grunderwerbsteuerlicher Sicht kein Anlaß besteht, bereits zu Lebzeiten dem Ehegatten unmittelbar ein Grundstück unter einer Auflage zuzuwenden. Eine weitere Befreiung von der Grunderwerbsteuer tritt gem. § 3 Nr. 6 GrEStG nur bei Schenkungen an Personen ein, die mit dem Schenker in gerader Linie verwandt sind. Falls der Ehemann seiner Frau ein Grundstück unter einer Auflage grunderwerbsteuerfrei schenken will, müßte er entsprechend dem System der Ketten-

1) Schultze-Förger, § 3 Rdnr. 10.

2) Boruttau-Egly-Sigloch, § 13 Rdnr. 1 m.w.N.

3) Vgl. S. 29 f.

schenkung einen Zwischenerwerber einschalten, der sowohl mit ihm als auch mit seiner Frau in gerader Linie verwandt ist. Als Beispiel mag die Schenkung an den Sohn und von diesem an seine Mutter dienen. Damit jedoch nicht der Verdacht der Steuerumgehung (§ 42 AO'77) entsteht, müssen besondere Gründe für die Zwischenschaltung ¹⁾ des Erwerbers gegeben sein.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß grunderwerbsteuerliche Vorteile insbesondere wegen der steuerlichen Doppelbelastung kein zusätzlicher Beweggrund zur Grundstücksschenkung sind.

c) Vermögensteuer

Das Vermögen der Ehegatten wird zur Ermittlung der Vermögensteuer zusammengerechnet, und es wird gem. § 6 Abs. 1 VStG ein Gesamtfreibetrag in Höhe von 140 000,- DM gewährt. Bei dieser Zusammenveranlagung der Ehegatten gem. § 14 Abs. 1 Nr. 1 VStG kommen damit Freibeträge und Besteuerungsgrenzen, die von der im Haushalt tätigen Ehefrau nicht ausgenutzt werden, dem Ehemann zugute. Daher haben Vermögensübertragungen zwischen Ehegatten auf die Vermögensteuer keinerlei Auswirkungen, so daß die Vermögenssteuerersparnis kein Motiv zur Regelung der Erbfolge bereits zu Lebzeiten ist.

Die bisherige Erörterung hat ergeben, daß sowohl familiäre als auch steuerliche Gründe der Anlaß für die Zuwendung unter dem Gesichtspunkt der vorweggenommenen Erbfolge sein können. Nunmehr gilt es zu klären, welcher Rechtsgrund solchen benannten Zuwendungen zugrunde liegt.

1) BFH, HFR 1964, 246; BStBl 1969/II, 561, 563.

3. Rechtsgrund benannter Zuwendungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge

Die benannte Zuwendung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge könnte sich rechtlich als Schenkung darstellen.

Das objektive Merkmal der Schenkung, die Bereicherung des beschenkten Ehegatten durch den Schenker aus dem Vermögen, liegt mit der Zuwendung eines Grundstücks oder den finanziellen Mitteln zum Bau eines Hauses vor, wenn der Empfänger keine Gegenleistung zu erbringen hat.

Bei der benannten Zuwendung ¹⁾ haben sich die Ehegatten auch ausdrücklich oder stillschweigend über das subjektive Merkmal der Unentgeltlichkeit der Zuwendung geeinigt. Die Unentgeltlichkeit und damit die Rechtsnatur der Zuwendung als Schenkung wird auch dann nicht infrage gestellt, wenn die Grundstückszuwendung zugleich mit einem Nießbrauchsvorbehalt ²⁾ des Zuwenders oder gegen eine Versorgungsrente gewährt wird.

Gemäß § 525 Abs. 1 kann eine Schenkung mit einer Auflage verbunden werden. Die Auflage ist durch eine Bestimmung gekennzeichnet, in der der Beschenkte sich zu einer Leistung wie z.B. der Einräumung des Nießbrauchs verpflichtet und diesen meist auch gleichzeitig einräumt. Das für die Schenkung erforderliche Tatbestandsmerkmal der Unentgeltlichkeit liegt auch bei der Verbindung mit einer Auflage vor, da die Auflage nur eine Einschränkung der Leistung ist und nicht der Grundstückszuwendung als eine Ausgleichsleistung gegenübersteht ³⁾.

Mit der Schenkung unter einem Nießbrauchsvorbehalt gibt der Schenker einerseits im Wege der vorweggenommenen

1) Vgl. zur Definition der benannten Zuwendung, S. 5.

2) Vgl. Staudinger-Reuss, § 525 Rdnr. 8.

3) Vgl. Erman-H.H. Seiler, § 525 Rdnr. 4; Esch/Schulze zur Wiesche, Rdnr. 777; Palandt-Putzo, § 525 Anm. 2c.

nen Erbfolge das Grundstück weg und behält sich andererseits zu Lebzeiten die wirtschaftlichen Nutzungen des Grundstücks, wie z.B. Mieteinnahmen vor. Durch zusätzliche Vereinbarungen kann darüber hinaus die Stellung des nießbrauchsberechtigten Ehegatten oder des Eigentümers rechtlich oder wirtschaftlich verstärkt werden ¹⁾.

So kann beispielsweise die gem. § 1027 vorgesehene Tragung der laufenden öffentlichen und privaten Lasten durch den Nießbraucher auf den Eigentümer übertragen werden ²⁾. Wirtschaftlich liegt jedoch immer die Zuwendung der Grundstückssubstanz unter Vorbehalt der Nutzung vor. Die vom Empfänger erbrachte Leistung in der Form der Einräumung des Nießbrauchs wird aus dem Grundstück ³⁾ und seinem Ertrag bewirkt. Deshalb ist die Schenkung eines Grundstücks unter Vorbehalt des Nießbrauchs als Schenkung unter einer Auflage und nicht etwa als gemischte Schenkung anzusehen ⁴⁾.

Auch die Zuwendung eines Grundstücks gegen Zahlung einer im Regelfall lebenslangen Rente als Altersversorgung kann eine Schenkung unter einer Auflage sein ⁵⁾. An dieser Beurteilung muß sich nach einer in der Literatur ⁶⁾ vertretenen Ansicht selbst dann nichts ändern, wenn die Rente so hoch bemessen ist, daß sie bei normaler Lebenserwartung dem Verkehrswert des Grundstücks entspricht. Gegen diese rechtliche Beurteilung könnte sprechen, daß sie die Unterschiede zwischen Kauf und Schenkung verwischt. Warum sollte - die Richtigkeit der Ansicht Vollkommers ⁷⁾ unterstellt - der Verkauf eines Grundstücks an einen Dritten dann nicht ebenso als Schenkung zu qualifizieren sein?

-
- 1) Vgl. im einzelnen Langenfeld, S. 8 ff.
 - 2) Vgl. Langenfeld, S. 10.
 - 3) BGB-RGRK-Mezger, § 525 Rdnr. 6; Mü-Ko-Kollhosser, § 525 Rdnr. 3; Staudinger-Reuss, § 525 Rdnr. 4.
 - 4) Siehe zur Abgrenzung Schenkung unter Auflage/gemischte Schenkung OGH BrZ-Köln, NJW 1949, 260 ff; Coing, NJW 1949, 260 f; OLG Bamberg, NJW 1949, 788 f.
 - 5) Langenfeld, S. 26 ff; Troll, Rechtzeitig schenken, S. 97.
 - 6) Vgl. Jauernig-Vollkommer, BGB, §§ 525-527 Anm. 1 c, aa; Staudinger-Reuss, § 525 Rdnr. 15.
 - 7) Jauernig-Vollkommer, BGB, §§ 525-527 Anm. 1 c, aa.

Der entscheidende Ansatzpunkt zur Abgrenzung der entgeltlichen von der unentgeltlichen, schenkweise erbrachten Leistung ist im Willen der Parteien zu suchen. Bei der Schenkung müssen die Eheleute sich einig sein, daß die Zuwendung unentgeltlich vorgenommen wird. Es stellt sich die Frage, ob die Einigung über die Unentgeltlichkeit ausgeschlossen ist, wenn Leistung und Gegenleistung objektiv gleichwertig sind. Allein die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung könnte dafür sprechen, daß es bereits an einer Bereicherung des "Beschenkten" fehlt.

Im Schenkungsrecht gilt das "Prinzip der subjektiven Äquivalenz" ¹⁾. Dieses Prinzip besagt, daß es den Parteien kraft der Privatautonomie frei steht, wie sie subjektiv die jeweils erbrachten Leistungen bewerten. Nach einer inzwischen wohl aufgegebenen Ansicht des BGH ²⁾ ist die Vorstellung der Parteien allerdings dann unbeachtlich, "wenn die Bewertung ohne jede sachliche Grundlage" geschieht und "willkürlich" ist.

Vom objektiven Wert abweichende Wertvorstellungen der Eheleute können unterschiedliche Ursachen haben. So kann eine schlichte Fehlbewertung der objektiven Wertverhältnisse ebenso wie die Annahme, daß dem Empfänger der Leistung zumindest noch ein immaterieller Vorteil bleibt, Grundlage der Bewertung von Leistung und "Gegenleistung" sein ³⁾.

Solange nur der Zuwender und der Empfänger sich einig sind, daß die Rente keine Gegenleistung im Sinne des § 516 für die Vermögensübertragung ist, liegt mit der Zuwendung eines Grundstücks "gegen" Zahlung einer Rente eine Schenkung unter einer Auflage vor. Das

-
- 1) Vgl. Haymann, JherJb 56 (1910), 86 ff; Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 62 II c, S. 429; Mü-Ko-Kollhosser, § 516 Rdnr. 23.
 - 2) BGH, NJW 1961, 604; ders., FamRZ 1964, 429, 431; zweifelnd BGH, NJW 1972, 1709 f; abl. Mü-Ko-Kollhosser, § 516 Rdnr. 24.
 - 3) Mü-Ko-Kollhosser, § 516 Rdnr. 23; vgl. auch Staudinger-Reuss, § 516 Rdnr. 16.

entscheidende Kriterium zur Abgrenzung entgeltlicher von unentgeltlichen Verträgen ist also der Parteiwille. Es kann daher nicht generell gesagt werden, daß die Zuwendung eines Grundstücks gegen Zahlung einer lebenslangen Rente immer als Schenkung unter einer Auflage zu qualifizieren ist. Der bloße Wert der gegenüberstehenden Leistungen entscheidet zwar nicht über die rechtliche Qualifikation der Zuwendung ¹⁾. Allerdings bildet der Wert der beiderseitigen Leistungen ein Indiz für die Abgrenzung des entgeltlichen vom unentgeltlichen Vertrag. Falls der Zuwender des Grundstücks nach dem Willen der Parteien durch lang andauernde, regelmäßige Zahlungen einen Wertausgleich ²⁾ für die Grundstücks- substanz erhalten soll, scheidet die Unentgeltlichkeit der Zuwendung ³⁾ aus. Es liegt in diesem Fall ein entgeltlicher Vertrag, ein Kauf auf Rentenbasis vor. Bei der gezahlten monatlichen Rente handelt es sich um eine sogenannte Veräußerungsrente, bei der die Parteien aufgrund eines kauf- oder darlehensähnlichen Vertrages eine Zahlung vereinbaren, deren Höhe und Dauer nach kaufmännischen Gesichtspunkten unter Berücksichtigung des Wertes von Leistung und Gegenleistung bestimmt wird ⁴⁾. Die Gewährung der Rente ist das Entgelt für die Veräußerung des Grundstücks.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die benannte Zuwendung zumindest dann nicht mehr eine Schenkung darstellt, wenn lang andauernde und regelmäßige Zahlungen den Wert des Grundstücks erreichen und deshalb eine Bereicherung des Empfängers entfällt.

1) Vgl. Mot. II, S. 299; RG-Recht, 1908, Nr. 1778.

2) Dies wird in solchen Fällen i.d.R. der Fall sein.

3) Vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 47 III, S. 178.

4) Langenfeld, S. 45; Troll, Rechtzeitig schenken, S.99 f.

II. Vermögenszuwendung als Schutzmaßnahme vor befürchteten Gläubigerzugriffen

Die Rechtsprechung ¹⁾ mußte sich wiederholt mit einer Grundstückszuwendung des Ehemanns an seine Frau beschäftigen, die ursprünglich aus Furcht vor Zugriffen der Gläubiger des Ehemanns auf dieses Grundstück vorgenommen worden war. Solche Zuwendungen müssen nicht ausschließlich die Benachteiligung gegenwärtiger oder zukünftiger Gläubiger bezwecken. Neben dem unlauteren Beweggrund der Gläubigerbenachteiligung können gleichzeitig billigenswerte Motive Anlaß der Zuwendung sein. Dies ist der Fall, wenn der Ehemann neben der Absicht der Gläubigerbenachteiligung von dem Willen geleitet ist, durch die Zuwendung das Grundstück dem Familienvermögen auch in schlechten Zeiten zu erhalten, um damit die wirtschaftliche Zukunft seiner Familie zu sichern.

Zur Verwirklichung dieses Ziels bieten sich grundsätzlich zwei Wege an, die in der Praxis auch oft beschritten werden. Der Ehemann kann seiner Frau das in seinem Eigentum befindliche Grundstück direkt übereignen, oder er gibt ihr Geld, damit diese auf ihrem Namen ein Grundstück erwirbt.

1. Endgültige Zuwendung

Der Mann will, daß auch in wirtschaftlich schlechten Zeiten die Ehefrau Eigentümerin des Grundstücks bleibt, damit so verhindert wird, daß seine Gläubiger das Grundstück verwerten können. Deshalb vereinbaren die Eheleute, daß die Zuwendung bezwecken soll, das Grundstück vor dem Zugriff der Gläubiger zu schützen. Soweit eine derartige Abrede zwischen den Ehegatten vorliegt, könnte die Zuwendung rechtlich als Schenkung,

1) Vgl. etwa RG, JW 1932, 1372; RGZ 169, 249 ff; BGH, FamRZ 1967, 450 ff; ders. FamRZ 1969, 409 f.

verknüpft mit einer Zweckvereinbarung zu beurteilen sein. Dies hätte zur Folge, daß diese Vereinbarung nicht die Unentgeltlichkeit der Zuwendung ausschließen würde.

Das objektive Tatbestandsmerkmal der Schenkung - hier die Bereicherung der Frau aus dem Vermögen des Mannes - liegt mit dem Eigentumserwerb des Grundstücks oder des Geldes vor.

Zweifel können aber an der Unentgeltlichkeit der Zuwendung bestehen, weil mit ihr ein darüber hinausgehender Zweck verknüpft worden ist.

Die Literatur hat zum Teil ¹⁾ die Schenkung und die gleichzeitige Vereinbarung eines weitergehenden Zwecks in einem einzigen Rechtsgeschäft als unvereinbaren Gegensatz ²⁾ abgelehnt, weil infolge der Zweckvereinbarung ein entgeltliches Geschäft durch die kausale Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung vorliegen soll. Ein Vergleich dieser sog. Zweck-schenkungen mit der Schenkung unter einer Auflage (§ 527) zeigt jedoch, daß dieser Ansicht nicht zugestimmt werden kann. Die Zuwendung unter einer Auflage bleibt trotz der Einklagbarkeit der Auflage und der damit verbundenen Gefahr für den Zuwendungsempfänger unentgeltlich und somit eine Schenkung. Dagegen ist die vom Empfänger verlangte Einhaltung der Zweckvereinbarung schon nicht einklagbar und stellt für diesen daher eine vergleichsweise geringere Beeinträchtigung des Wertes der Zuwendung dar. Mit der Zweckvereinbarung soll der Beschenkte zumeist nur zur Verfolgung eines bestimmten Zweckes bewogen werden, dessen Durchsetzung nach dem Charakter der Bestimmung im Klageweg ohnehin ausgeschlossen ist ³⁾.

Die Unentgeltlichkeit der Zuwendung muß deshalb im Falle einer zusätzlichen Zweckvereinbarung ebenso

-
- 1) Soergel-Ballerstedt, § 516 Rdnr. 18; BGB-RGRK-Kuhn, 11. Aufl., § 527 Rdnr. 3; a.A. Kühne, FamRZ 1969, 371 f; Enneccerus-Lehmann, § 125 I, S. 498 f; Palandt-Putzo, § 525 Anm. 2 g.
2) So noch BGB-RGRK-Kuhn, 11. Aufl., § 527 Rdnr. 3.
3) So Staudinger-Reuss, § 525 Rdnr. 12.

wie bei der Schenkung unter einer Auflage bejaht werden. Wenn der Zweck nicht erreicht wird, kann der Zuwender seine Leistung nach § 812 Abs. 1, Satz 2, 2. Alt. (condictio ob rem) herausverlangen ¹⁾. Dagegen hat der Aufлагenschenker bei unterbliebener Erfüllung der Auflage nur ein Rückforderungsrecht nach § 527 ²⁾.

2. Vorübergehende Zuwendung

Falls die Eheleute vereinbaren, daß die Zuwendung nicht auf Dauer als Bereicherung bei der Ehefrau verbleiben soll, sondern nur als momentan notwendiges Mittel zur Sicherung vor den Gläubigern des Ehemanns erforderlich ist, scheidet eine Schenkung wegen fehlender endgültig gewollter Bereicherung der Frau aus. Der Zuwendungsempfänger erhält das Grundstück in den Fällen des vorübergehenden Eigentümerwechsels ³⁾ als Treuhänder übertragen. Die für das Treuhandverhältnis typische Erscheinungsweise bleibt gewahrt. Die Ehefrau tritt im Verkehr als Eigentümerin des Grundstücks auf, während der Ehemann insbesondere gegenüber seinen Gläubigern bemüht ist, nach außen den Anschein jeglicher Einflußnahme auf das Grundstück zu vermeiden ⁴⁾. Im Innenverhältnis ist die Ehefrau dagegen durch Auftrag oder - wohl seltener - durch einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag gebunden. Bei solcher Fallgestaltung mag der Gedanke aufkommen, daß dieses Treuhandverhältnis als Scheingeschäft gem. § 117 Abs. 1 nichtig ist. Für das Vorliegen eines Scheingeschäftes ist die Absicht des Erklärenden entscheidend, daß die mit der Erklärung verbundenen Rechtsfolgen im Einverständnis mit dem

1) Vgl. Erman-H.H. Seiler, § 525 Rdnr. 8; Mü-Ko-Kollhosser, § 525 Rdnr. 4; Palandt-Putzo, § 525 Anm. 2 G; RG-JW 1917, 848 f; RGZ 105, 305, 308.

2) So Mü-Ko-Kollhosser, § 525 Rdnr. 4 m.w.H..

3) BGB-RGRK-Pickart, § 929 Rdnr. 94.

4) Vgl. zum äußeren Verhalten des Treugebers den vom BGH entschiedenen Rechtsstreit in BGH, FamRZ 1969, 409 f.

Erklärungsempfänger nicht gewollt sind ¹⁾). In den Fällen der Zuwendung aus Angst vor Gläubigerzugriffen hat der Zuwender aber gerade den Willen, daß das Grundstück ungeachtet seines verbleibenden Einflusses an die Ehefrau übereignet wird, damit seinen Gläubigern der Zugriff darauf versperrt wird.

3. Schenkungs- und Absichtsanfechtung

Es ist jedoch fraglich, inwieweit die Grundstücks- oder Geldzuwendung an den Ehegatten zwecks Vermeidung von Gläubigerzugriffen tatsächlich in der Lage ist, die Verwertung des Grundstücks im Wege der Einzelzwangsvollstreckung oder des Konkurses zu verhindern. Die Anfechtungsvorschriften der Konkursordnung ²⁾ und § 3 Abs. 1 AnfG enthalten Tatbestände, bei deren Vorliegen der Gläubiger berechtigt ist, die Übereignung des Grundstücks anzufechten. Der Gläubiger hat dann einen schuldrechtlichen Anspruch ³⁾ auf Rückabwicklung der Übereignung. Die Schenkungs- und Absichtsanfechtung sollen an dieser Stelle beispielhaft ⁴⁾ erwähnt werden. Soweit der Schuldner seiner Frau ein Grundstück oder Geldmittel geschenkt hat, kann im Konkurs der Konkursverwalter (§ 36 KO), sonst unter den Voraussetzungen des § 2 AnfG jeder Gläubiger die in den letzten zwei Jahren vor der Konkurseröffnung (§ 32 Nr. 2 KO) oder vor der Anfechtung (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 AnfG) vorgenommene Verfügung anfechten. Es kommt nicht auf eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners an. Daraus folgt, daß im Falle der unentgeltlichen Zuwendung der Gläubigerzugriff auf das zugewandte Vermögen innerhalb von zwei Jahren

1) Mi-Ko-Kramer, § 117 Rdnr. 13.

2) §§ 29 ff KO.

3) Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, § 29 KO, Rdnr. 38; für das Anfechtungsgesetz Böhle-Stammschräder-Kilger, Einf. III.

4) Daneben kennt die KO als weiteren Anfechtungsgrund die sog. besondere Konkursanfechtung gem. § 30 KO.

nach der Verfügung nicht ausgeschlossen ist.

Daneben besteht sowohl nach der Konkursordnung als auch nach dem Anfechtungsgesetz die Möglichkeit, im Falle der beabsichtigten Gläubigerbenachteiligung die Verfügung gem. § 31 Nr. 1 KO, § 3 Abs. 1 Nr. 1 AnfG bis zu 30 Jahren ¹⁾ nach der Vornahme der benachteiligenden Handlung anzufechten.

Für die Absichtsanfechtung spielt es keine Rolle, ob sich zum Zeitpunkt der Verfügung der Benachteiligungswille gegen alle oder einzelne, gegen bestimmte oder unbestimmte, gegen dermalige oder zukünftige Gläubiger gerichtet hat ²⁾.

Jäger ³⁾ weist allerdings zu Recht darauf hin, daß die Benachteiligungsabsicht des Veräußerers zumindest gegenüber zukünftigen Gläubigern in der Praxis schwer nachweisbar ist. Zudem trägt der Anfechtende das Risiko der Beweislast, daß der Schuldner das Grundstück oder die Geldsumme übereignet hat, um seine Gläubiger zu benachteiligen.

Falls zwischen den Ehegatten hinsichtlich der Grundstücksübereignung ein Treuhandverhältnis besteht, ist zusätzlich auf § 23 KO hinzuweisen. Nach dieser Vorschrift erlischt mit der Konkurseröffnung der im Innenverhältnis bestehende Auftrag. Der Treuhänder muß damit rechnen, daß der Konkursverwalter das Grundstück zur Verwertung herausverlangt ⁴⁾. Die Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts (§§ 134, 138) kommt neben den speziellen Anfechtungstatbeständen der KO und des AnfG nur in Betracht, soweit über die Benachteiligungsabsicht hinaus weitere Umstände vorliegen,

-
- 1) Im Falle der Einzelgläubigeranfechtung beträgt die Anfechtungsfrist gem. § 12 I AnfG zehn Jahre.
 - 2) Vgl. Böhle-Stammschräder-Kilger, § 3 I Nr. 1 AnfG, Rdnr. 8; Jäger-Lent, § 31 KO, Rdnr. 8.
 - 3) Jäger-Lent, § 31 KO, Rdnr. 8.
 - 4) In Literatur und Rechtsprechung ist streitig, ob das Treugut "ipso iure" an den Konkursverwalter fällt, weil es sich bei Treuhandsverfügungen um auflösend bedingte Rechtsgeschäfte handelt. Dafür: Jäger-Lent, § 23 KO, Rdnr. 8; dag.: BGH, WM 1975, 79; Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, § 23 Rdnr. 16.

die für sich allein die Anwendung der §§ 134, 138 rechtfertigen ¹⁾.

Aus dieser Erörterung ergibt sich, daß die Eheleute besonders innerhalb der ersten zwei Jahre nach Zuwendung mit Gläubigerzugriffen auf das zugewandte Vermögen rechnen müssen. Im übrigen kann die Zuwendung aber ihren Zweck erfüllen.

Holzapfel ²⁾ weist allerdings darauf hin, daß in der Praxis die Anfechtungstatbestände häufig durch Manipulationen wie die Rückdatierung von Verträgen ausgeschaltet werden. Soweit es sich um Grundstückszuwendungen handelt, wird eine Manipulation zumindest dadurch erschwert, daß der Grundbuchbeamte gem. § 44 GBO das Datum der Grundbucheintragung angeben soll. Dieser Zeitpunkt ist für den Beginn der Anfechtungsfrist wichtig, weil die unbeweglichen Sachen der die Vermögensverschiebung vollendende Akte erst mit der Eintragung in das Grundbuch vorliegt ³⁾.

III. Zuwendung zum Hausbau aus Anlaß der gemeinsamen Betriebstätigkeit

Abgesehen von den bisher erörterten Anlässen können sich Eheleute Vermögen auch zum Zwecke des gemeinsamen Auf- oder Ausbaus eines Betriebes zuwenden.

Soweit diese Zuwendungen für einen gemeinsamen Hausbau verwendet werden, handelt es sich regelmäßig um die Übertragung von Grund und Boden als Betriebsgelände oder um die Hingabe namenhafter Geldbeträge, die in das Bauvorhaben investiert werden. Die Zuwendung mit der klaren Abrede verbunden, das Zugewandte für den gemeinsamen Betrieb anzulegen, in dem beide Ehegatten arbeiten.

1) BGH, NJW 1973, 513; Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, § 29 KO, Rdnr. 44.

2) Holzapfel, S. 16.

3) Vgl. Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck, § 32 Rdnr. 19; BGH, WM 1972, 363, 364.

Eine solche Zuwendung könnte als Beitragsleistung zu einer BGB-Gesellschaft zwischen den Ehegatten erbracht worden sein.

Allein die Hingabe etwa eines Geldbetrages zum Aufbau eines Geschäfts hat aber noch nicht zur Folge, daß zwischen den Ehegatten ein Gesellschaftsverhältnis entsteht ¹⁾. Der BGH hat in mehreren Entscheidungen ²⁾ für die Annahme einer Ehegatten-Gesellschaft verlangt, daß die Eheleute durch die Inanspruchnahme eines Grundstücks ³⁾ oder durch die Zuwendung bedeutender Geldbeträge ⁴⁾ und durch gemeinsame Arbeitsleistungen ein Unternehmen aufbauen oder eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit gemeinsam ausüben. In einem solchen Falle bejaht der BGH das Vorliegen einer Gesellschaft schon dann, wenn sich die Dienstleistungen im kleinen Rahmen ⁵⁾ halten. Dagegen hat der BGH bei der bloßen Tätigkeit im Betrieb des Ehemanns eine außergewöhnliche, über den Rahmen des § 1356 Abs. 2 a.F. hinausgehende Mitarbeit ⁶⁾ verlangt.

Wenn bei der benannten Zuwendung zum Hausbau aus Anlaß der gemeinsamen Betriebstätigkeit der Ehegatte die Vermögenszuwendung zum Auf- oder Ausbau des Betriebes erbringt und zugleich in dem Betrieb des Empfängers mitarbeitet, sind die vom BGH aufgestellten Kriterien zur Annahme einer BGB-Gesellschaft zwischen Ehegatten regelmäßig erfüllt.

Für das Vorliegen einer BGB-Gesellschaft spielt es keine Rolle, daß nur ein Ehegatte Eigentümer des

-
- 1) Vgl. BGH, FamRZ 1963, 279, 280; Fischer, BGB-Gesellschaft, S. 157.
 - 2) BGH, FamRZ 1962, 357, 358; 1963, 279, 280; 1967, 320, 323; vgl. hierzu auch Henrich, FamRZ 533, 534.
 - 3) In der Entscheidung des BGH, FamRZ 1967, 320 ff hatte die Ehefrau das Grundstück als Haftungssubstrat zur Verfügung gestellt.
 - 4) Vgl. BGH, FamRZ 1963, 279, 280.
 - 5) BGH, FamRZ 1962, 357, 358; 1967, 320, 323.
 - 6) BGHZ 8, 249, 252; BGH, FamRZ 1975, 35, 37; Henrich, FamRZ 1975, 533, 534.

gesamten Vermögens wird und somit ein Gesamthandsvermögen fehlt. In solchen Fällen besteht zwischen den Eheleuten eine Ehegatten-Innengesellschaft, bei der das Fehlen gemeinsamer Außenbeziehungen und das fehlende Gesamthandsvermögen typisch sind ¹⁾.

Die Möglichkeit für Eheleute, eine BGB-Gesellschaft zu gründen, ist auch in der Literatur ²⁾ allgemein anerkannt. So hebt Gernhuber ³⁾ hervor, daß ein Gesellschaftsvertrag zwischen Eheleuten nicht der ehelichen Lebensgemeinschaft entgegenstehe, weil Gesellschaftsverträge in ihrem typischen Zuschnitt der Struktur einer Ehe gleichberechtigter Partner entsprächen. Diese Feststellung hat mit dem Inkrafttreten des GleichberG am 1. Juli 1958 besonderes Gewicht erlangt.

Mit der gemeinsamen Betriebstätigkeit und der Über-eignung von Geld oder einem Grundstück verfolgen die Eheleute einen Zweck, der regelmäßig über den normalen Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgeht ⁴⁾. Die Zuwendung von ansehnlichen Geldbeträgen oder die Übertragung eines Grundstücks zum Zwecke des Aufbaus eines gemeinsamen Betriebes stellt für den Zuwender zugleich eine Beteiligung an der Verantwortung für geschäftliche Risiken dar. Ein Mißerfolg bedeutet für ihn unter Umständen den Verlust seines gesamten Vermögenseinsatzes, ohne je eine Gegenleistung erhalten zu haben. Bei solcher Sachlage identifiziert sich der Zuwender mit dem für das Gesellschafts-

- 1) Vgl. Palandt-Thomas, § 705 Anm. 8; str., ob Innengesellschaft ausnahmsweise Gesamthandsvermögen haben kann; daf.: Steckhan, S. 74, Fn. 2 m.w.N.; H.P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, S. 200-211; dag.: Düringer-Hachenburg-Geiler, Bd. II, 1. Allgem. Einl. 300, 316; Erman-Schulze-Wenck, Rdnr. 12 vor § 705; Larenz, Schuldrecht BT, § 60 V b, S. 401 f; Schlüter, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, S. 25, 28; Staudinger-Keßler, Vorbem. 92 zu § 705.
- 2) Vgl. statt aller Dölle, § 35 V 2 b, S. 422.
- 3) Gernhuber, Familienrecht, § 20 III 5 5, S. 218; Dölle, § 35 V 2 b, S. 422.
- 4) Die Erreichung eines über die eheliche Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweckes ist nach der freilich bestrittenen Ansicht des BGH erforderliches Merkmal der Ehegatten-Gesellschaft, vgl. BGHZ 31, 197; 43, 157, 163; FamRZ 1975, 35 f; dag.: Lieb, S. 185 ff.

verhältnis erforderlichen Ziel der gemeinsamen Zweckerreichung ¹⁾).

Wenn die Ehegatten-Innengesellschaft durch Scheidung aufgelöst wird, vollzieht sich die Auseinandersetzung nach freilich nicht unbestrittener Ansicht der Rechtsprechung ²⁾ in analoger Anwendung der Regeln über die stille Gesellschaft (§ 340 HGB). Die entsprechende Heranziehung der §§ 730 ff paßt auf die Ehegatten-Innengesellschaft nicht, weil diese Vorschriften vom Normaltypus der BGB-Gesellschaft mit einem Gesamtvermögen ausgehen.

Bei der Auseinandersetzung der Ehegatten-Innengesellschaft besteht für den Zuwender lediglich ein schuldrechtlicher Ausgleichsanspruch gegenüber dem Vermögensinhaber, denn der zuwendende Innengesellschafter ist am Vermögen seines Ehegatten dinglich nicht beteiligt. Dies ist insbesondere von Bedeutung, wenn beispielsweise die Ehefrau ihrem Mann ein Grundstück als Betriebsgelände zugewendet hat.

Die Höhe des Ausgleichsanspruchs wird so berechnet, als sei die Ehefrau gesamthänderisch an dem dem Ehemann gehörenden Geschäftsvermögen beteiligt gewesen ³⁾. Daher nimmt sie auch an den etwaigen Wertsteigerungen teil.

1) Vgl. Maiberg, DB 1975, 385 f.

2) BGH, WM 1973, 296 ff; für die Anwendung der Auseinandersetzungsregeln der stillen Gesellschaft Lieb, S. 193 f, der die entsprechende Anwendung der §§ 73 des Zuschnitts auf Außengesellschaften als formal ansieht; Keßler, Vorbem. 97 zu §§ 705 ff.

3) BGH, WM 1973, 296 ff.

Zusammenfassung der Ergebnisse des 1. Kapitels

Im Falle der vorweggenommenen Erbfolge kommt als Rechtsgrund der Zuwendung eine Schenkung, unter Umständen in Verbindung mit einer Auflage oder einer sonstigen Zweckvereinbarung in Betracht. Bei Zuwendungen aus Anlaß befürchteter Gläubigerzugriffe ist zu unterscheiden, ob die Zuwendung endgültig oder nur vorübergehend als Bereicherung beim Empfänger verbleiben soll.

Wenn der Mann seiner Frau das Grundstück endgültig zuwendet, liegt eine Schenkung zwischen den Ehegatten vor. Diese Zuwendung kann der Mann allerdings mit der *condictio ob rem* zurückfordern, sofern ein mit der Zuwendung zugleich vereinbarter Zweck nicht erreicht wird. Dagegen handelt es sich bei der zeitlich begrenzten Zuwendung um ein Treuhandverhältnis zwischen den Ehegatten. Im Innenverhältnis haben die Ehegatten einen Auftrag oder einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag geschlossen. Falls die Zuwendung aus Anlaß der gemeinsamen, über den Umfang der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Betriebstätigkeit erfolgt, liegt zwischen den Ehegatten regelmäßig eine Ehegatten-Innengesellschaft vor.

Die eheliche Lebensgemeinschaft hat auch Auswirkungen auf die schuldrechtlichen Beziehungen der Ehegatten. Die weiterreichende Auskunftspflicht und die abgemilderte Pflicht zur Rechnungslegung beeinflussen besonders die gesellschaftsrechtlichen Verbindungen. Die Treupflicht der Eheleute gebietet eine besondere Rücksichtnahme in vermögensrechtlichen Angelegenheiten. Schenkungen können wegen groben Undanks nur noch in Ausnahmefällen zurückverlangt werden. Ein solcher Ausnahmefall liegt nicht schon bei bloßem Verschulden am Scheitern der Ehe vor.

2. Kapitel:

Rechtsgrund unbenannter Zuwendungen

Die Schwierigkeit unbenannter Zuwendungen unter Eheleuten besteht darin, den passenden Rechtsgrund festzustellen. Das hatte zur Folge, daß der Bundesgerichtshof bei unbenannten Zuwendungen trotz im wesentlichen gleicher Sachlage unterschiedliche Kausalverhältnisse annahm und für die Rückabwicklung Vorschriften über die BGB-Gesellschaft bis zum Bereicherungsrecht anwandte.

Lieb ¹⁾ sieht in unbenannten Zuwendungen spezielle, familienrechtliche Ausgestaltungen der ehelichen Lebensgemeinschaft. Die in diesem Rahmen erfolgten Zuwendungen sind nach seiner Ansicht causallos ²⁾.

Gernhuber ³⁾ qualifiziert die unbenannten Zuwendungen als ehebedingte Zuwendungen, die keine üblichen Gelegenheitsgeschenke sind und deren Rechtsgrund - falls überhaupt vorhanden - von den Parteien nicht ausgewiesen wird. Ob unbenannte Zuwendungen causallose Ausgestaltungen der ehelichen Lebensgemeinschaft sind, für die ein passender Schuldrechtstyp nicht ohne Gewaltsamkeit festgestellt werden kann, wird im folgenden zu untersuchen sein. Für die rechtliche Beurteilung unbenannter Zuwendungen ist davon auszugehen, daß im Unterschied zu den benannten Zuwendungen weder klare mündliche oder schriftliche Absprachen über den Zweck der Zuwendung vorliegen noch Anhaltspunkte vorhanden sind, die eindeutig für eine inhaltlich bestimmte, stillschweigend getroffene Zweckvereinbarung sprechen. Wegen fehlender eindeutiger Abreden müssen alle Umstände herangezogen werden, die eine Einordnung ermöglichen.

1) Lieb, S. 121 ff.

2) Lieb, S. 123 f.

3) Gernhuber, Familienrecht, § 19 V, S. 208 ff.

A. Lösungsversuche in Rechtsprechung und Literatur

I. Rechtsprechung

Das Reichsgericht mußte sich verschiedentlich mit der Rechtsgrundlage von Geldzuwendungen des einen Ehegatten an den anderen zum Zwecke des gemeinsamen Hausbaus beschäftigen.

In der Entscheidung vom 12. Dezember 1935 ¹⁾ hat der IV. Zivilsenat eine Schenkung als Rechtsgrundlage der Geldzuwendung angenommen. Die Schenkung habe den Zweck gehabt, den Lebensunterhalt der beschenkten Ehefrau auf Lebenszeit sicherzustellen.

Später hat der IV. Zivilsenat in einem allerdings anders gelagerten Fall beim Kauf eines Grundstücks, dessen Kaufpreis aus den Geldmitteln des Vorbehalts-guts der Frau gezahlt wurde, entschieden, daß der Ehemann im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsauftrags seiner Frau das Grundstück erworben habe. Er sei durch den Auftrag verpflichtet gewesen, das Grundstück mit dem Geld seiner Frau im eigenen Namen zu erwerben und durch ein zweites Rechtsgeschäft auf die Geldgeberin zu übertragen ²⁾.

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs ³⁾ ist in einer Entscheidung aus dem Jahre 1951 anfangs der Rechtsprechung des Reichsgerichts gefolgt. Er ist in einem gleichgelagerten Fall ⁴⁾ ebenfalls zu dem Ergebnis gekommen, daß sich die Rechte der Eheleute bei einem mit den Geldmitteln der Frau erworbenen Grundstück nach dem Auftragsrecht richten. Zur Be-

1) RG, JW 1936, 987 f.

2) RG, DR 1944, 912 f; vgl. ebenfalls das Urteil des RGZ 169, 249 ff, in dem ein Auftrag als causa im Rahmen eines Treuhandsverhältnisses bejaht wurde, falls die Übertragung eines Handelsgeschäfts auf den Ehepartner zwecks Vermeidung von Gläubigerzugriffen erfolgte.

3) BGH, NJW 1951, 352 f.

4) Vgl. den Sachverhalt in RG, DR 1944, 987 f.

gründung hat der IV. Zivilsenat besonders in einer späteren Entscheidung aus dem Jahre 1960 angeführt, daß nach den Umständen des Falles eine tatsächliche Vermutung bestehen könne, daß der Ehemann, der das Grundstück mit den Mitteln aus dem Vorbehaltsgut (§ 1367 a.F.) der Frau gekauft habe, als gewissenhafter Verwalter des Guts das Grundstück für Rechnung seiner Frau erwerben wollte ¹⁾. Der BGH setzte sich in dieser und in der aus dem Jahre 1951 stammenden Entscheidung auch mit der Frage auseinander, ob zwischen den Ehegatten eine BGB-Gesellschaft vorliegt, wenn beide gemeinschaftlich ein Grundstück erwerben. Nach seiner Ansicht ²⁾ schließt es die Natur der Ehegemeinschaft nicht aus, daß Ehegatten durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung ein Gesellschaftsverhältnis begründen. Allerdings müßten bei Ehegatten besondere Anhaltspunkte für die Annahme einer Gesellschaft vorliegen. Die Unterstützung durch Vermögensaufwendungen beim gemeinsamen Hausbau ergäben sich aber unmittelbar aus dem Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft. Mit der gleichen Begründung hat es später auch der V. Zivilsenat des BGH ³⁾ erneut abgelehnt, eine Ehegatten-Innengesellschaft anzunehmen, wenn der Ehemann seiner Frau ein Grundstück übereignet und beide den Hausbau finanzieren. Lediglich bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft hat der II. Zivilsenat ⁴⁾ im Jahre 1965 ein Gesellschaftsverhältnis bejaht, wenn die Partner jahrelang durch gemeinsame Arbeit und Bereitstellung von Geldmitteln zum Bau eines Hauses beitragen. Zur Begründung hat das Gericht ausgeführt, daß bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft eine Regelung der beiderseitigen

1) BGH, FamRZ 1960, 58 ff.

2) BGH, NJW 1951, 352 f.

3) BGH, FamRZ 1969, 78 f.

4) BGH, FamRU 1965, 368; ebenso OLG Düsseldorf, DNotZ 1974, 169 f.

Rechte am gemeinsam errichteten Haus erforderlich sei, weil eine besondere gesetzliche Bestimmung der vermögensrechtlichen Beziehungen bei Unverheirateten nicht bestehe. Dagegen ergäbe sich die Mithilfe unter Eheleuten beim Erwerb eines Hauses in der Regel aus dem Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft. Neuerdings hat der BGH ¹⁾ die Mindestvoraussetzung für die Annahme einer Gesellschaft zwischen unverheirateten Lebensgefährten weiter dahingehend konkretisiert, daß die Partner die Absicht verfolgen müssen, mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstandes einen - wenn auch nur wirtschaftlich - gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam benutzt werden, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung gemeinsam gehören soll.

Die Oberlandesgerichte Braunschweig ²⁾ und Schleswig ³⁾ sind in zwei Entscheidungen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Ehegatten-Gesellschaft nicht gefolgt.

Die Finanzierung eines Einfamilienhauses auf dem Grundstück des Ehepartners ist nach der Ansicht dieser Oberlandesgerichte ein gemeinsamer Zweck. Zur Erreichung dieses Zwecks hätten sich die Ehegatten zu einer Gesellschaft verbunden.

Die uneinheitliche Rechtsprechung zur Rechtsgrundlage des gemeinsamen Hausbaus zeigt auch ein Urteil des V. Zivilsenats ⁴⁾ aus dem Jahre 1967. Der Senat hat in seinem Urteil vom 24. Februar 1967 abweichend von der Rechtsprechung des IV. Zivilsenats entschieden, der gemeinsame Hausbau von Eheleuten könne grundsätzlich im Rahmen einer BGB-Gesellschaft durchgeführt werden. In dem dieser Entscheidung zugrunde-

1) BGH, NJW 1980, 1520 f.

2) OLG Braunschweig, NdsRpfl. 1951, 144.

3) OLG Schleswig, FamRZ 1958, 109 f.

4) BGH, FamRZ 1967, 450 ff.

liegenden Fall hatte die Ehefrau ein Ruinengrundstück zu Alleineigentum erworben. Die Eheleute errichteten auf dem Grundstück gemeinsam ein Wohnhaus und eine Werkstatt. Der BGH billigte dem Ehemann allerdings keinen gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzungsanspruch auf Zahlung zu. Vielmehr hielt das Gericht die Alleineigentümerin grundsätzlich für verpflichtet, ihrem Ehemann aus Auftrag im Rahmen der Innengesellschaft gem. §§ 713, 667 einen hälftigen Miteigentumsanteil einzuräumen. Der BGH war an einer Verurteilung der Ehefrau auf Einräumung des Miteigentums an dem Grundstück gehindert, weil das OLG bereits in tatsächlicher Hinsicht eine als Grundlage für einen gesellschaftsrechtlichen Anspruch geeignete Vereinbarung zwischen den Eheleuten verneint hatte. Mit dem Urteil vom 22. November 1968 ¹⁾ vollzog der V. Zivilsenat eine Wende in seiner Rechtsprechung. In dieser Entscheidung hat das Gericht hinsichtlich des gemeinsam errichteten Hauses und der späteren Übertragung des Grundstücks auf die Ehefrau eine Ehegatten-Innengesellschaft abgelehnt und auf diesen Fall die Vorschriften der §§ 741 ff über die Gemeinschaft angewandt. Diese Entscheidung ist in der Literatur wegen der Annahme eines Gemeinschaftsverhältnisses als Rechtsgrundlage der Zuwendung auf heftige Kritik gestoßen ²⁾. Der VII. Zivilsenat ging im Jahre 1967 ³⁾ bei einem auf dem Grundstück der Ehefrau errichteten und vom Ehemann finanzierten Hausbau sogar davon aus, daß die eheliche Lebensgemeinschaft Rechtsgrund dieser Geldzuwendung war.

Die in der Vergangenheit zu beobachtende Vielfalt der Rechtsprechung der Zivilsenate, die je nach der materiell-rechtlichen "Aufzäunung" ehebedingter Zu-

1) BGH, FamRZ 1969, 78 f.

2) Vgl. besonders Henrich, FamRZ 1975, 533, 536.

3) BGH, FamRZ 1968, 23 f.; vgl. zur Kritik Deubner, FamRZ 1968, 351; Kühne, FamRZ 1968, 356 f.

wendungen zuständig waren, fehlt seit der ausschließlichen Zuständigkeit des IV. Zivilsenats ¹⁾ zur Entscheidung dieser Rechtsstreite. Der BGH verzichtete in zwei Entscheidungen ²⁾ auf eine klare Einordnung der Causa in die herkömmlichen Schuldvertragstypen. Dennoch hielt er die von den Ehegatten untereinander gemachten Zuwendungen nicht für rechtsgrundlos ³⁾. Im Falle der Auflösung der Ehe würden die Zuwendungen von der Zugewinnausgleichsregelung erfaßt. Für allgemeine Schuldrechtsinstitute zur Rückgängigmachung der Leistungen sei grundsätzlich kein Platz. Besonders Kühne kritisierte diese neue Rechtsprechung mit dem kaum überzeugenden Hinweis darauf, daß der BGH mit der Ablehnung von schuldrechtlichen Rückabwicklungsansprüchen und dem Vorrang der Regeln über den Zugewinnausgleich letztlich den Rechtsgrund der Zugewinnngemeinschaft einführe ⁴⁾.

II. Literatur

Auch die Literatur zeigt ein uneinheitliches Bild, wenn es um die Feststellung des Rechtsgrundes unbekannter Zuwendungen zwischen Ehegatten geht. Teilweise wird in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung angenommen, daß ein Ehemann, der seiner Frau Geld zum Hausbau auf ihrem Grundstück zuwendet, im Rahmen eines stillschweigend geschlossenen Auftrags oder eines auftragsähnlichen Verhältnisses handelt ⁵⁾. Die Ehefrau baut in Ausführung des Auftrags mit dem Geld ihres Mannes ein Haus und erwirbt am Bau gem. §§ 94, 946 Alleineigentum. Sie ist aber gem. § 667 verpflichtet, ihrem Ehemann den auf ihn entfallenden Miteigentumsanteil einzuräumen.

1) Kühne, FamRZ 1978, 221.

2) BGHZ 65, 320 ff; 68, 299 ff.

3) So ausdrücklich BGHZ 65, 320, 323.

4) Kühne, JZ 1976, 487 f.

5) Kühne, FamRZ 1968, 356, 358; 1969, 371 ff; Annecke, Diss. 1968, S. 155; Henrich, Familienrecht, § 7 IV 4, S. 38.

Eine Herausgabepflicht gem. § 667 könnte aber scheitern, falls die notarielle Beurkundung des Auftrags nach § 313 S. 1 erforderlich ist und fehlt. Gemäß § 313 S. 1 unterliegen solche Verträge der notariellen Beurkundungspflicht, in denen sich ein Vertragspartner zum Erwerb oder zur Übereignung eines Grundstücks verpflichtet.

Eine gem. § 667 bestehende Pflicht zur Einräumung eines Miteigentumsanteils ist Folge des Auftrags und ergibt sich schon aus dem Gesetz ¹⁾. Daraus hat die herrschende Meinung ²⁾ den Schluß gezogen, daß der Auftrag zum Grundstückserwerb in der Regel nicht der notariellen Beurkundung bedarf, weil die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück eben eine gesetzliche und keine noch zusätzlich vertraglich vereinbarte Pflicht ist. Diese Begründung hält Battes ³⁾ für nicht überzeugend. Nach seiner Ansicht ist § 667 eine dispositive Norm, für die nichts anderes gilt als für eine ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarte Vertragsbestimmung gleichen Inhalts.

Unter Berücksichtigung des Normzwecks von § 313 ist nicht einzusehen, warum die Schutzfunktion dieser Vorschrift nur deshalb nicht eingreifen soll, weil sich bereits aus dem Gesetz (§ 667) ergibt, daß der Auftragnehmer zur Herausgabe des aus dem Auftrag Erlangten verpflichtet ist. Da § 313 S. 1 sowohl den Eigentümer als auch den zukünftigen Erwerber eines Grundstücks vor dem Eingehen übereilter Verpflichtungen schützen ⁴⁾ und eine sachgemäße Beratung gewährleisten will, muß die Entscheidung über das Bestehen einer Pflicht zur Beurkundung des hier untersuchten Auftragsverhältnisses davon abhängen, ob für einen Vertragspartner aufgrund des Auftrags

1) Vgl. BGH, FamRZ 1967, 450, 451; Palandt-Heinrichs, § 313 Anm. 5a; Mü-Ko-Kanzleiter, § 313 Rdnr. 12.

2) BGH, DNotZ 1961, 563; 1966, 540; BGH, NJW 1978, 2505; Jauernig-Vollkommer, BGB, § 313 Anm. 4c; Palandt-Heinrichs, § 313 Anm. 5a.

3) Erman-Battes, § 313 Rdnr. 24.

4) Vgl. Schlüter, FS Bartholomeyczik, S. 366 f, zum weiteren Zweck des § 313, die Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Pflichten entstehen, die den Schutz durch eine notarielle Beratung erfordern ¹⁾. Dies ist der Fall, wenn ein Beteiligter unmittelbar oder mittelbar ²⁾ die Verpflichtung zur Veräußerung oder zum Erwerb eines Grundstücks eingeht. Eine mittelbare Verpflichtung kann sich schon aus dem faktischen Zwang ³⁾ zum Erwerb eines Grundstücks ergeben. Falls die Ehefrau letztlich mit dem Geld ihres Mannes ein Grundstück im eigenen Namen, aber für Rechnung des Ehemannes erwirbt, wird auf den Ehemann als Auftraggeber dadurch Druck zum Erwerb des Grundstücks ausgeübt, daß er seiner Frau gem. § 670 zum Ersatz des aufgewendeten Kaufpreises verpflichtet ist. Sofern die Parteien in einem solchen Falle die notarielle Beurkundungspflicht nicht beachtet haben, ist der Auftrag gem. § 125 nichtig. Dies hat zur Folge, daß der Anspruch nach § 667 auf Einräumung des Miteigentums entfällt.

Die Vertreter der herrschenden Meinung ⁴⁾ halten entgegen der hier vertretenen Ansicht die notarielle Beurkundung des Auftrags für nicht erforderlich, weil sich die Pflicht zur Einräumung eines Miteigentumsanteils schon aus dem Gesetz (§ 667) ergibt ⁵⁾. Für die herrschende Meinung stellt sich dann aber die Frage, wie das Verhalten des Auftraggebers rechtlich zu bewerten ist, wenn dieser seinen Herausgabeanspruch jahrelang nicht geltend gemacht hat. Nach der Ansicht Kühnes ⁶⁾ liegt unter Umständen ein Verzicht auf den Anspruch vor.

Zwischen Ehegatten in einer guten Ehe dürfte gerade dies besonders häufig sein. Probleme bei der Rückab-

1) Erman-Battes, § 313 Rdnr. 24.

2) Erman-Battes, § 313 Rdnr. 24; Jauernig-Vollkommer, BGB, § 313 Anm. 2b, cc; Mü-Ko-Kanzleiter, § 313 Rdnr. 35; Palandt-Heinrichs, § 313 Anm. 2d; Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 5, S. 60.

3) So Mü-Ko-Kanzleiter, § 313 Rdnr. 35.

4) Vgl. allgemein zum Auftrag BGH, DNotZ 1961, 563; 1966, 540; BGH, NJW 1978, 2505; Palandt-Heinrichs, § 313 Anm. 5a.

5) Vgl. im einzelnen S. 54 f.

6) Kühne, FamRZ 1968, 356, 358.

wicklung von Zuwendungen oder bei der Beteiligung am gemeinsamen Hausbau tauchen erst dann auf, wenn die Ehe gescheitert ist und die Scheidung droht. Die Annahme eines Auftrags zwischen Ehegatten erscheint jedoch zumindest in den Fällen zweifelhaft, in denen der Ehegatte seinem Partner endgültig einen Miteigentumsanteil oder gar das gesamte Grundstück überträgt. Gegen ein Auftragsverhältnis im Rahmen einer Treuhand könnte sprechen, daß die Zuwendung endgültig beim Empfänger verbleiben soll ¹⁾.

Lieb ²⁾ sieht in der Annahme, das Geld sei der Ehefrau aufgrund eines Auftrags zum Zwecke der Bebauung zur Verfügung gestellt worden, eine Vergewaltigung der Tatsachen, weil die Bebauung in aller Regel, wenn nicht gar vom Ehemann allein, so doch von den Gatten gemeinsam betrieben wird.

Deubner ³⁾ geht davon aus, daß im Falle des Hausbaus mit den Geldmitteln des anderen Ehegatten eine Schenkung unter einer auflösenden Bedingung vorliegt. Die eheliche Lebensgemeinschaft mache eine Schenkung sehr wahrscheinlich. Der Finanzierungsbeitrag stelle sich dann als Schenkung dar, die gem. § 158 Abs. 2 unter die auflösende Bedingung der Ehe gestellt sei.

Während Kühne und Deubner den Rechtsgrund unbenannter Zuwendungen noch innerhalb der Vertragstypen des Schuldrechts suchen, verzichtet ein Teil der Literatur auf eine schuldrechtliche Einordnung der causa.

Johannsen ⁴⁾ räumt zwar ein, daß die unbenannten Zuwendungen zum gemeinsamen Hausbau nicht causalos sind. Es handelt sich nach seiner Meinung um eine causa eigener Art. Es sei Hauptzweck der Zuwendung, einen Beitrag zur ehelichen Lebensgemeinschaft zu leisten. Eine spezielle schulrechtliche causa scheide daher aus.

1) Vgl. bereits bei benannten Zuwendungen S. 38 f.

2) Lieb, S. 123.

3) Deubner, FamRZ 1968, 351 f.

4) Johannsen, WM 1978, 502, 508; 654, 656.

Dagegen haben unbenannte Zuwendungen nach der Ansicht Liebs ¹⁾ überhaupt keine causa. Bei unbenannten Zuwendungen soll es sich um spezielle, familienrechtliche, causa-lose Ausgestaltungen der ehelichen Lebensgemeinschaft handeln, die bereits wesensmäßig mit dem Bestand der Ehe verknüpft sind und im Sinne eines "Behaltendürfens" nur solange berechtigen, wie die Ehe besteht. Lieb begründet seine Ansicht damit, daß schuldrechtliche Normen auf die Bewältigung von Geschäften des allgemeinen rechtlichen Verkehrs zugeschnitten sind. Die unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten stellen nach seiner Auffassung aber infolge der Überlagerung durch die Ehe keine solchen Verkehrsgeschäfte dar, so daß sich eine causa im herkömmlichen Sinne nicht ohne Gewaltsamkeit feststellen läßt. Wenn nach der Ansicht Liebs ²⁾ eine schuldrechtliche causa wegen der Überlagerung durch die Ehe ausscheidet, liegt der bereits von der Rechtsprechung ³⁾ aufgegriffene Gedanke nahe, ob nicht die Ehe selbst als familienrechtliche causa der Vermögensverschiebungen zwischen Ehegatten in Betracht kommt. Hierzu soll später noch Stellung genommen werden ⁴⁾.

B. Schuldrechtliche causa

I. Ehegatten-Innengesellschaft als Rechtsgrund unbenannter Zuwendungen

Wie sogleich zu zeigen ist, besteht zwischen Gesellschaft und Ehe eine Strukturverwandtschaft; diese legt es nahe, zunächst zu untersuchen, ob als Rechtsgrund unbenannter Zuwendungen zwischen Ehegatten eine Ehegatten-Innengesellschaft in Betracht kommt, bei der die Zuwendung als Beitrag zum Gesellschaftsvermögen anzusehen ist.

1) Lieb, S. 123 ff.

2) Lieb, S. 123 ff.

3) BGH, FamRZ 1968, 23 ff.

4) Vgl. im einzelnen S. 35 ff, 95 ff.

1. Gemeinsamkeiten zwischen der Ehe und einer Personengesellschaft

Zwischen der Ehe und einer Personengesellschaft bestehen einige historische und dogmatische Beziehungen, da die Personengesellschaft sich nach den rechtsgeschichtlichen Quellen aus den Rechtsbeziehungen zwischen Familienangehörigen entwickelt hat ¹⁾.

Sowohl die Gesellschaft als auch die Ehe beruhen auf dem Prinzip der Gleichordnung der Partner. Die Beziehungen der Personen zueinander stehen im Vordergrund. Deshalb haben die Partner in der ehelichen Lebensgemeinschaft und in der Personengesellschaft besondere Treuepflichten ²⁾ zu beachten. Andererseits unterliegen Gesellschafter und Ehegatten einem individuellen Haftungsmaßstab, indem sie grundsätzlich nur für die Sorgfalt einzustehen haben, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen ³⁾.

Die gezeigten Gemeinsamkeiten reichen jedoch nicht aus, zwischen Ehegatten eo ipso gesellschaftsrechtliche Regelungen anzuwenden und in der Ehe als solcher immer ein gesellschaftsähnliches Verhältnis ⁴⁾ zu sehen, weil die Ehe einer Spezialregelung unterliegt.

2. Vertragliche Begründung der Gesellschaft

Schon der Gesetzeswortlaut sagt in § 705, daß eine Gesellschaft nur durch Vertrag gegründet werden kann. Die Parteien müssen sich in diesem Vertrag zumindest verpflichten, einen gemeinsamen Zweck durch ihr Zusammenwirken zu erreichen ⁵⁾.

Die unmittelbare Anwendung des Gesellschaftsrechts auf unbenannte Zuwendungen zwischen Ehegatten zum

1) Vgl. Battes, ZHR 143 (1979), 387, 395 m.w.N..

2) Zur Treuepflicht der Gesellschaft vgl. Flume, Die Personengesellschaft, § 15 I, S. 257 ff; Erman-Schulze-Wenck, § 705 Rdnr. 30; zur ehelichen Treuepflicht vgl. Palandt-Diederichsen, § 1353 Anm. 2 b aa.

3) Vgl. §§ 708, 1359.

4) So aber Alebrand, FamRZ 1955, 348 f.

5) Palandt-Thomas, § 705 Anm. 2; vgl. Erman-Schulze-Wenck, Vorbem. 3 zu § 705.

gemeinsamen Hausbau setzt also voraus, daß sich die Ehegatten mit der Finanzierung des Hausbaus auf dem Grundstück des anderen oder der Einräumung eines Miteigentumsanteils verpflichtet haben, einen gemeinsamen Zweck durch beiderseitiges Zusammenwirken zu verwirklichen.

a) Ausdrückliche Einigung über gemeinsame Zweckverfolgung

Im Unterschied zu den benannten Zuwendungen besteht bei den unbenannten das Problem, klar erkennbare Willensäußerungen, gerichtet auf den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages, festzustellen. Es kennzeichnet unbenannte Zuwendungen, daß die Ehegatten weder schriftliche noch eindeutig mündliche Abreden über die Zuwendung getroffen haben. Dies bedeutet nicht, daß die Geld- oder Grundstückszuwendung stillschweigend vollzogen wurde. Der erhebliche Wert des zugewandten Vermögens macht es sehr wahrscheinlich, daß die Ehegatten sich zum Zeitpunkt der Zuwendung über diese unterhalten haben. Nur sind der Inhalt dieses Gespräches und evtl. getroffene Absprachen für den Außenstehenden nicht mehr erkennbar. Zwischen dem Zeitpunkt der Zuwendung und der späteren Rückforderung liegt in der Regel ein so langer Zeitraum, daß allein die Zeit getroffene Abreden in Vergessenheit geraten läßt oder die Erinnerung daran bis zur Unkenntlichkeit verändert hat. Zudem liegt es nahe, daß jeder Ehegatte angesichts der gescheiterten Ehe und der ohnehin verkümmerten persönlichen Beziehungen versucht, nach der Scheidung einen möglichst großen Anteil des Familienvermögens für sich zu behalten. In einem solchen Falle besteht die Gefahr, daß er Absprachen behauptet, die für ihn am günstigsten sind, aber zu den Angaben seines Ehegatten im Widerspruch stehen.

b) Stillschweigender Abschluß eines Gesellschafts-
vertrages

Angesichts des Fehlens schriftlicher Abmachungen und der Unmöglichkeit, klar erkennbare, ausdrückliche Vereinbarungen zwischen den Ehegatten festzustellen, kann ein Gesellschaftsvertrag nur durch schlüssiges Verhalten zustande gekommen sein. Die grundsätzliche Möglichkeit des Zustandekommens von Gesellschaftsverträgen aufgrund stillschweigender Willenserklärungen ist zu bejahen ¹⁾.

In Rechtsprechung und Literatur ist aber umstritten, welche Anforderungen an einen stillschweigend abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag zu stellen sind.

aa) Ansicht der Rechtsprechung

Besonders im Bereich der ehelichen Mitarbeit hat sich der BGH zu den Erfordernissen eines stillschweigend zustande gekommenen Gesellschaftsvertrages zwischen Eheleuten geäußert. In den zur Entscheidung anstehenden Fällen ging es regelmäßig um die Frage, ob die Ehegatten stillschweigend eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründet haben, wenn die Ehefrau über Jahre im Betrieb ihres Mannes mitgearbeitet ²⁾ und dadurch einen erheblichen Beitrag zur Vermehrung des Vermögens geleistet hat, ohne für die Mitarbeit angemessen bezahlt worden zu sein.

Das Reichsgericht ³⁾ hatte in einem solchen Fall bereits entschieden, daß die Ehefrau auch für die über den Rahmen des § 1356 Abs. 2 a.F. hinausgehenden Dienstleistungen grundsätzlich kein Entgelt bean-

1) Vgl. BGB-RGRK-v.Gamm, § 705 Rdnr. 2; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 705 Rdnr. 4; Düringer-Hachenburg-Geiler, Bd. II 1, Anm. 78; Burckhardt, S. 259, 262; Kropholler, FamRZ 1969, 241, 246; Lieb, S. 46 f.

2) Vgl. insbesondere BGHZ 8, 249 ff, BGH, FamRZ 1960, 104 f.

3) Vgl. RGZ 158, 380 ff.

spruchen könne. Die Annahme eines stillschweigend geschlossenen Gesellschaftsvertrages zwischen Ehegatten, die der mitarbeitenden Ehefrau eine gleichwertige Beteiligung am gemeinsam erarbeiteten Vermögen gesichert hätte, lehnte das Reichsgericht wegen des fehlenden Vertragsschlusses ab. In den Fällen einer groben Benachteiligung der Ehefrau hatte das Reichsgericht ihr einen Bereicherungsanspruch gem. § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. zugebilligt. Diesen Anspruch begründete das Gericht folgendermaßen: Die Ehefrau hat im Betrieb ihres Mannes in der Erwartung mitgearbeitet, an der Erhöhung der gemeinsamen Lebensführung teilzuhaben und im Falle seines vorzeitigen Ablebens einen entsprechenden Erbteil zu erhalten ¹⁾. Infolge der Scheidung ist diese Aussicht gegenstandslos geworden.

Der BGH ist der Rechtsprechung des Reichsgerichts in seiner grundlegenden Entscheidung vom 20. Dezember 1952 nicht gefolgt ²⁾. Er bejahte den stillschweigenden Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zwischen Ehegatten, wenn die Ehefrau im Geschäftsbetrieb ihres Ehemanns über den nach § 1356 Abs. 2 a.F. möglichen Rahmen hinaus mitgearbeitet hat. Die Begründung dieses und der nachfolgenden Urteile zeigt, daß es dem BGH primär darauf ankam, einen gerechten Vermögensausgleich zwischen den Ehegatten herbeizuführen. Das Gericht hat es als entscheidend angesehen, daß das Gesellschaftsverhältnis "zu sachgerechten und billigen Ergebnissen" führt, "die einer richtigen Bewertung der Arbeit der Frau entsprechen, wie sie nach heutiger Auffassung auch für die vergangene Zeit geboten ist" ³⁾.

1) Vgl. RGZ 158, 380, 383.

2) BGHZ 8, 249, 251 f.

3) Vgl. Henrich, FamRZ 1975, 533 f, Fn. 5 m.w.N..

Mit dieser Begründung hat der BGH nach der Ansicht von Henrich auf den Nachweis des Willens der Ehegatten zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages verzichtet ¹⁾. Lediglich objektive Kriterien wie Gegenstand, Umfang und Dauer der Tätigkeit sollten über die Anwendung des Gesellschaftsrechts entscheiden. In einer Reihe weiterer Entscheidungen ²⁾ hat der BGH erneut deutlich gemacht, daß es für den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zwischen Ehegatten nicht darauf ankommt, ob die Ehegatten sich bewußt waren, daß ihre Beziehungen als gesellschaftsrechtliche zu beurteilen sind.

So hat der BGH auch bei der mit der ehelichen Mitarbeit verwandten Problematik von Ausgleichsansprüchen beim gemeinsamen Hausbau zumeist nicht geprüft ³⁾, ob die Ehegatten überhaupt den Willen hatten, einen Gesellschaftsvertrag zu schließen. Vielmehr war für ihn entscheidend, ob der gemeinsame Hausbau das objektive Tatbestandsmerkmal der gemeinsamen Zweckverfolgung im Rahmen einer Gesellschaft erfüllt. Bei Zuwendungen zum Hausbau lehnte der BGH grundsätzlich ⁴⁾ eine derartige Zweckverfolgung, die die Annahme eines Gesellschaftsvertrags rechtfertigt, ab. Der mit dem Erwerb eines Grundstücks und der Errichtung eines Hauses verfolgte Zweck zur Schaffung einer Familienheimstatt mache keinen besonderen Zusammenschluß zur Gesellschaft erforderlich ⁵⁾. Die Verpflichtung der Ehegatten, den der ehelichen Lebensgemeinschaft zugrunde liegenden Zweck zu fördern und sich dabei auch durch Vermögensaufwendungen zu unterstützen, ergebe sich bereits aus dem Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft ⁶⁾.

1) Henrich, FamRZ 1975, 533 f.

2) BGH, FamRZ 1954, 136 f; FamRZ 1961, 212, 214; 519, 522; FamRZ 1973, 22 f; FamRZ 1975, 35, 37.

3) Vgl. BGH, FamRZ 1960, 58 f; FamRZ 1966, 25; in diesen Entscheidungen hat der BGH allerdings einen Willen zur vertraglichen Verpflichtung zum gemeinsamen Hausbau geprüft und ausdrücklich verneint.

4) Soweit ersichtlich, hat der BGH nur einmal, im Urt. vom 24.02.1967 - BGH, FamRZ 1967, 450 - grundsätzlich eine Innengesellschaft zwischen Ehegatten zum Zwecke des gemeinsamen Hausbaus bejaht.

5) BGH, FamRZ 1969, 78.

6) BGH, FamRZ 1960, 58 f.

bb) Ansicht von Lieb

Lieb kommt ebenso wie der BGH zu dem Ergebnis, daß die Ehegatten in den Fällen des gemeinsamen Hausbaus keine Innengesellschaft gegründet haben ¹⁾. Die Begründung unterscheidet sich jedoch erheblich von der des BGH.

Lieb macht das Vorliegen einer Ehegatten-Innengesellschaft von der Frage abhängig, ob die Ehegatten einen tatsächlichen Willen hatten ²⁾, eine Gesellschaft zu gründen. Ein abstrakter Rechtsbindungswille soll für die Begründung eines Gesellschaftsverhältnisses noch nicht ausreichen. Vielmehr müßten die unentbehrlichen und artbestimmenden Merkmale der Gesellschaft vom gestaltenden Willen der Ehegatten umfaßt sein ³⁾. Da für Ehegatten die eheliche Lebensgemeinschaft jedoch ganz im Vordergrund stehe und die Ehegatten sich der Begründung einer rechtlichen Sonderabrede nicht bewußt seien, scheide die direkte Anwendung gesellschaftsrechtlicher Regeln aus.

Eine rechtsähnliche Anwendung von Gesellschaftsrecht, die Lieb im Falle der ehelichen Mitarbeit bejaht, erübrigt sich nach seiner Ansicht beim gemeinsamen Hausbau wegen des fehlenden Regelungsbedürfnisses ⁴⁾. Hierbei ist besonders bemerkenswert, daß Lieb im Falle von Zuwendungen zum gemeinsamen Hausbau im Gegensatz zum BGH das Vorliegen des objektiven Tatbestandsmerkmals der gemeinsamen Zweckverfolgung bejaht. Nach seiner Ansicht kann jede Art ⁵⁾ ehelicher Zusammenarbeit, sei es die Finanzierung des Hausbaus auf dem

1) Vgl. Lieb, S. 121 ff.

2) Lieb, S. 41.

3) Lieb, S. 25; vgl. auch v. Tuhr, Bd. 2, 1, S. 194 näher dazu unten S. 66 ff.

4) Die Rückabwicklung unbenannter Zuwendungen soll über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage erfolgen, Lieb, S. 190, Fn. 22.

5) Lieb, S. 189 f.

Grundstück des anderen oder die Grundstückszuwendung selbst als spezieller Tatbestand gemeinsamer Zweckverfolgung und daher als Anknüpfungspunkt zur Heranziehung gesellschaftsrechtlicher Regeln angesehen werden. Inzwischen hat sich der BGH ¹⁾ dieser Auffassung für den Fall angeschlossen, in dem die Ehegatten ausdrücklich den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zum "Zweck des Erwerbs und Haltens eines Familienhauses" vereinbart haben.

Insbesondere wendet sich Lieb ²⁾ gegen das Argument des BGH ³⁾, Zuwendungen zum gemeinsamen Hausbau ergäben sich bereits aus der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, so daß solche Zuwendungen nicht als Beitrag zu einer Ehegatten-Gesellschaft erbracht werden könnten. Die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft bildet nach der Auffassung von Lieb ⁴⁾ "nur einen ganz weiten Rahmen, dessen Ausfüllung weithin im Belieben der Ehegatten steht". Weder diese Verpflichtung, noch die Pflicht, für einen angemessenen Unterhalt der Familie (§ 1360 Satz 1) zu sorgen, sollen dazu führen, daß Leistungen zum gemeinsamen Hausbau zwingend als Beitrag zu einer Ehegatten-Gesellschaft ausscheiden. Nur der - nach der Rechtsprechung belanglose - fehlende Wille zur Gründung einer Gesellschaft verbietet die unmittelbare Anwendung von Gesellschaftsrecht.

1) BGH, NJW 1982, 170 ff.

2) Lieb, S. 189.

3) BGH, NJW 1951, 352 ff; FamRZ 1960, 58 ff.

4) Lieb, S. 189.

cc) Ansicht von Gernhuber

Gegen die von der Rechtsprechung praktizierte Annahme stillschweigend geschlossener Gesellschaftsverträge ohne Rücksicht auf den Nachweis eines dahingehenden Willens der Ehegatten hat sich besonders Gernhuber ¹⁾ gewandt. Er leugnet zwar nicht die grundsätzliche Möglichkeit, daß Ehegatten auch Gesellschaftsverträge schließen können. Nach seiner Ansicht wollen sich Eheleute, die eine Gesellschaft gründen, aber nur als Gesellschafter begegnen ²⁾. Dagegen soll die Mitarbeit eines Ehegatten im Beruf oder Geschäft seines Partners oder das Zusammenwirken beim Bau eines Eigenheims kein Eigengewicht haben und sich in die eheliche Lebensgemeinschaft eingliedern ³⁾. Deshalb sind nach seiner Meinung ⁴⁾ so gut wie alle in der Rechtsprechung auftretenden, stillschweigend zustande gekommenen Gesellschaftsverträge zwischen Ehegatten zu deren eigener Überraschung entdeckt worden, und deren Annahme stellt lediglich eine Scheinbegründung dar.

dd) Stellungnahme

Der Rechtsprechung des BGH ist wegen des Verzichts auf einen konkret feststellbaren Willen zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrags zu Recht der Vorwurf gemacht worden ⁵⁾, ein Gesellschaftsverhältnis zwischen Ehegatten nur zwecks Erzielung billiger Ergebnisse zu konstruieren, ohne daß die zugrundeliegenden Sachverhalte dazu irgendwelche Anhaltspunkte bieten.

-
- 1) Gernhuber, FamRZ 1958, 243 ff; Familienrecht, § 20 III 6, S. 219; ebenso Braga, FamRZ 1960, 456 f; Mü-Ko-Wacke, § 1356 Rdnr. 25; Thiele, FamRZ 1958, 115, 119.
 - 2) Gernhuber, FamRZ 1958, 243, 245, 248.
 - 3) Gernhuber, FamRZ 1958, 243, 245 f.
 - 4) Gernhuber, FamRZ 1958, 243, 245 f.
 - 5) Als Kritiker sind besonders hervorgetreten Gernhuber, FamRZ 1958, 243 ff; Bydlinski, FS Wilburg, S. 45 ff; Canaris, BB 1967, 165 ff; Kropholler, FamRZ 1969, 241, 245; Lieb, S. 14 ff.

Hierbei ist dem BGH nicht anzulasten, daß das Bemühen um einen gerechten Vermögensausgleich im Vordergrund steht. Lediglich der Weg zu diesem Ergebnis, der Verzicht auf einen konkret feststellbaren Willen, sich rechtsgeschäftlich zu binden, ist abzulehnen.

Wie noch dargestellt werden wird ¹⁾, besteht bei Zuwendungen zum gemeinsamen Hausbau auch keine Notwendigkeit, einen gerechten Vermögensausgleich nur über die Fiktion stillschweigend zustandegekommener Gesellschaftsverträge zu erreichen.

Es erscheint außerdem zweifelhaft, ob die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses ex post überhaupt dem wirklichen Interesse der Ehegatten zumindest für den Zeitraum der intakten Ehe entspricht.

Wenn auf die Feststellung des Willens zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages nicht verzichtet werden kann, stellt sich die Frage, welche Merkmale die Willenserklärung enthalten muß, damit zwischen den Ehegatten ein stillschweigend geschlossener Gesellschaftsvertrag angenommen werden kann.

Nach der Ansicht Liebs reicht ein bloßer abstrakter Rechtsbindungswille nicht aus. Vielmehr müßten die "unentbehrlichen und artbestimmenden" wesentlichsten Merkmale der Typenabgrenzung vom Willen der Vertragsparteien umfaßt sein ²⁾, weil schon die Typenwahl die Gesellschafter dazu zwingt.

Diese These geht zu weit. Typenabgrenzende Merkmale sind zumindest dann nicht vom Willen künftiger Gesellschafter abhängig, wenn diese sich über den

1) S. unten S. 111 ff.

2) Vgl. Lieb, S. 26, 41 ff.

Gesellschaftstypus keine Gedanken gemacht haben. In diesem Falle wird die Rechtsform der Gesellschaft objektiv durch die gesetzlich festgelegten Merkmale bestimmt ¹⁾. Erst wenn der "wirklich geäußerte oder mutmaßliche Wille auch nur eines Beteiligten" gegen einen bestimmten Gesellschaftstypus spricht, ist nach der insoweit bestrittenen Ansicht von Battes ²⁾ der Wille der Parteien beachtlich. Dies hat unter Umständen zur Folge, daß bei einem bereits vollzogenen Gesellschaftsverhältnis eine Umdeutung in eine andere Gesellschaftsform an dem entgegenstehenden Willen auch nur eines Beteiligten scheitert und die Gesellschaft über die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft aufgelöst werden muß ³⁾. Bei der hier in Betracht kommenden BGB-Gesellschaft sind aber entgegen der Ansicht Liebs die typenbildenden Merkmale kein unabdingbarer Inhalt eines Gesellschaftsvertrages.

Wenn der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages unter Ehegatten in Frage steht, kann die eheliche Lebensgemeinschaft als rechtliche Grundverbindung zwischen ihnen nicht außer Betracht bleiben. Die Ehe begründet eine Vielzahl von Rechten und Pflichten, die das Verhältnis der Ehegatten zueinander bestimmen und den normalen ehelichen Lebens- und Rechtsbereich umfassen. Falls neben der ehelichen Lebensgemeinschaft eine Gesellschaft zwischen Ehegatten gegründet werden soll, müssen sich die Eheleute darüber im klaren sein, daß zusätzlich zu der zwischen ihnen bestehenden, durch die Eheschließung begründeten umfassenden Rechtsbeziehung ein weiteres Rechtsverhältnis bestehen

-
- 1) Vgl. Battes, ZHR 153 (1979), 385, 388 f.
 - 2) So Battes, AcP 174 (1974), 429, 438, 446; a.A. BGHZ 10, 91, 97; Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, Rdnr. 51; Hueck, § 13 I, S. 56 f; Baumbach-Duden, § 105 Anm. 3 B; Reinhardt, Rdnr. 111.
 - 3) Vgl. Battes, ZHR 143 (1979), 385, 388 f; ders., AcP 174 (1974) 429, 438, 464; bei einer Gesellschaft im Gründungsstadium ist der Gesellschaftsvertrag nach der Auffassung von Battes, AcP 174 (1974), 429, 464 gem. § 134 nichtig; nach Flume, in: Die Personengesellschaft, § 13 III, S. 197 ff, reicht nur ein wichtiger Grund für die Kündigung nach § 723 bzw. Auflösungsklage gem. § 133 HGB.

soll. Diese vom Willen getragene Sonderrechtsbeziehung muß den aus § 705 herzuleitenden Anforderungen genügen. Für die Erörterung einer Ehegatten-Innengesellschaft beim gemeinsamen Hausbau stellt sich daher die Frage: Ist ein Wille der Ehegatten feststellbar, durch die Grundstücks- oder Geldzuwendung zum Hausbau über die eheliche Lebensgemeinschaft hinaus eine Sonderrechtsbeziehung zu schaffen, die den objektiven Anforderungen des § 705 entspricht?

Eine Gesellschaft ohne Pflicht zur Beitragsleistung wäre nach herrschender Meinung ¹⁾ mit dem Schuldvertragscharakter der Gesellschaft unvereinbar. In einer Innengesellschaft besteht zwar keine vertragliche Pflicht, der Gesellschaft zur gesamten Hand ein Grundstück oder Geld zu übereignen, denn die Innengesellschaft bildet nach h.M. ²⁾ kein Gesamthandsvermögen. Die Pflicht zur Beitragsleistung kann jedoch auch einen anderen Inhalt haben. Die Verpflichtung, den gemeinsamen Hausbau durch die Zuwendung eines Grundstücks an einen Ehegatten oder durch die Finanzierung zu fördern, kommt als Beitragsleistung in Betracht.

Die Zuwendung muß dann aber spätestens in dem Moment, in dem sie vollzogen wird, von dem Beteiligten rechtsgeschäftlich als Beitragsleistung qualifiziert werden. Liegt eine solche Bestimmung nicht vor, ist die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses eine Unterstellung. Bei der gemeinsamen Schaffung von Vermögen zwischen Ehegatten spielt der Gedanke der partnerschaftlichen, vom Geist der Ehe beherrschten Vermögens-

1) So Mü-Ko-Ulmer, § 706 Rdnr. 16; Palandt-Thomas, § 705 Anm. 1b; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 706 Rdnr. 1; Flume, Die Personengesellschaft, § 3 I, S. 37 f; Hueck, § 7 I 1a, S. 31 f; Larenz, Schuldrecht II, § 60 II a, S. 344; Staudinger-Keßler, § 706 Rdnr. 6; a.A. noch Erman-Schulze-Wenck, § 706 Rdnr. 1; BGB-RGRK-v.Gamm, § 706 Rdnr. 1.

2) Vgl. die Hinweise auf S. 45 Fn. 1.

bildung die entscheidende Rolle. Zudem ist gerade der Bau eines Hauses für die Familie ein typischer Beitrag zur Ausfüllung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Den Ehegatten wird der Gedanke, mit der Zuwendung zum gemeinsamen Hausbau neben der Ehe eine weitere, darüber hinausgehende gesellschaftsrechtliche Bindung einzugehen, fremd sein, zumal das Schaffen einer gemeinsamen Wohnung trotz Zuwendung erheblicher Vermögenswerte "eheüblich" bleibt.

Soweit die Rechtsprechung ¹⁾ und Literatur ²⁾ dagegen bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft Zuwendungen zum gemeinsamen Hausbau als Beitragsleistungen im Rahmen einer BGB-Gesellschaft ansehen, passen die zur Begründung angeführten Argumente ³⁾ nicht auf die Vermögensbeziehungen von Eheleuten.

Die äußerliche Gemeinsamkeit zwischen der Ehe und der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die sich im gemeinsamen Wohnen und Wirtschaften und in der Geschlechtsgemeinschaft ausdrückt, reicht jedenfalls in dieser Hinsicht zur Gleichstellung mit der Ehe nicht aus.

Für die Ehegatten bildet die eheliche Lebensgemeinschaft die gemeinsam gewählte, auf Lebenszeit angelegte Grundlage für die Beziehungen zueinander. Die in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebenden Partner verzichten gerade bewußt auf die Schaffung einer solchen Grundverbindung ⁴⁾. Sie wollen den mit der Ehe begründeten dauerhaften Verpflichtungen aus dem Wege gehen. Das Scheitern dieser Gemeinschaft mit allen Folgen ist "vorprogrammiert" ⁵⁾. Daher gehen die Partner der nichtehelichen Lebensgemein-

1) BGH, FamRZ 1965, 368; OLG Düsseldorf, DNotZ 1974, 169 f.

2) Vgl. Battes, ZHR 143 (1979), 385 f, 394; Simon, JuS 1980, 252 f; Schwab in: Landwehr, S. 68; für analoge Anwendung einzelner gesellschaftsrechtlicher Regeln Derleder, NJW 1980, 545, 551.

3) Vgl. dazu Derleder, NJW 1980, 545, 551, wenn der Hausbau das einzige oder im Verhältnis zu anderen beherrschende Vermögensprojekt ist; ebenso Schlüter, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, S. 17 ff, 26 ff.

4) Siehe hierzu Schlüter, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, S. 17 ff.

5) So Maier-Scherling, DRiZ 1979, 296, 299.

schaft nicht wie Eheleute davon aus, ihre Beziehungen seien durch eine Grundverbindung umfassend geregelt. Vielmehr besteht gerade bei Unverheirateten das Bewußtsein, daß für sie ein so herausgehobener Vorgang wie der gemeinsame Hausbau, der den Willen auf dauerhaftes Zusammenwohnen verrät, wegen der fehlenden Grundverbindung der Ehe eine besondere gemeinsame Zweckverfolgung darstellt. Ob in diesen Fällen eine direkte ¹⁾ oder analoge ²⁾ Anwendung von Gesellschaftsrecht in Betracht kommt, braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht erörtert zu werden.

Schließlich könnte gegen die Ehegatten-Innengesellschaft als - wenn auch nicht zwingendes - Indiz sprechen, daß die Ehegatten bei unbenannten Zuwendungen keine schriftlichen Abmachungen getroffen haben. Zwar ist der Gesellschaftsvertrag einer BGB-Gesellschaft grundsätzlich formfrei ³⁾. Dennoch werden nach der Ansicht Gernhubers ⁴⁾ Gesellschaftsverträge (auch) zwischen Ehegatten in aller Regel schriftlich aufgesetzt. Aschauer ⁵⁾ versucht den Einwand der fehlenden Schriftform mit dem Hinweis zu entkräften, die Eheleute scheuten sich aus Angst vor Fehlern, Gesellschaftsverträge selbst abzufassen, und die Kosten einer notariellen Regelung hielten viele angesichts des ungetrübten Verlaufs der Ehe für überflüssig.

Diese Einwände mögen mit dazu beitragen, daß schriftliche Vereinbarungen über die Geld- oder Grundstückszuwendungen unterbleiben. Allerdings sind diese Motive nicht der ausschließliche Grund für fehlende schriftliche Abmachungen. Als weiterer entscheidender Grund für den Verzicht auf einen schriftlichen Vertrag

1) Vgl. Battes, ZHR 143 (1979), 385 ff; Maier-Scherling, DRiZ 1979, 296 ff; Schwab, in: Landwehr, S. 68.

2) Derleder, NJW 1980, 545, 551.

3) Vgl. Palandt-Thomas, § 705 Anm. 3a; Mü-Ko-Ulmer, § 705 Rdnr. 23; Düringer-Geiler, Bd. II, 1 Anm. 78; zur Formbedürftigkeit bestimmter Verpflichtungen innerhalb eines Gesellschaftsvertrages vgl. Mü-Ko-Ulmer, § 705 Rdnr. 24.

4) Gernhuber, FamRZ 1958, 241, 248.

5) Aschauer, Diss. 1964, S. 37.

kommt hinzu, daß die Ehegatten nur wegen ihrer intakten Ehe und der damit verbundenen Verpflichtung zur Treue und Partnerschaft kein Bedürfnis haben, eine über die eheliche Lebensgemeinschaft hinausgehende Sonderverbindung einzugehen. Wenn die Eheleute eine zusätzliche rechtliche Verpflichtung hätten begründen wollen, hätte angesichts des großen Wertes solcher Zuwendungen ein schriftlicher Vertrag nahe gelegen. Bei juristischen Laien besteht vielfach noch die Vorstellung, einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch nur im Falle schriftlich getroffener Abmachungen zu erlangen. So ist es auch kaum denkbar, daß sich Personen, die weder verheiratet noch verwandt sind, ohne schriftliche Vereinbarung und unter Verzicht auf die Übertragung des Miteigentums ein Grundstück zuwenden oder den Hausbau finanzieren. Deshalb ist das Fehlen jeglicher schriftlicher Vereinbarungen als ein weiteres - wenn auch angesichts der Formfreiheit von Gesellschaftsverträgen schwaches - Indiz gegen den Willen zur Gründung einer Ehegattengesellschaft zu werten.

Letztlich ist als grundsätzlicher Einwand gegen die Annahme eines stillschweigend geschlossenen Gesellschaftsvertrages ohne erkennbar darauf gerichteten Willen zu bedenken, daß um einzelner billiger Ergebnisse willen das Prinzip des gesetzlichen Güterstands gefährdet wird. Die bei fehlender Güterstandsvereinbarung gesetzlich geltende Zugewinnngemeinschaft ist eine Gütertrennung, die erst bei Beendigung des Güterstands zum Vermögensausgleich führt. Die leichtfertige Bejahung eines stillschweigend zustandekommenen Gesellschaftsvertrages würde bei der Außengesellschaft ¹⁾ in der Praxis aber zu einer Art parti-

1) Gegenüber einer Innengesellschaft verliert dieses grundsätzliche Argument an Überzeugung, weil bei dieser Gesellschaftsform nach herrschender Meinung kein Gesamthandsvermögen entsteht, vgl. S. 45 Fn. 1.

eller Gütergemeinschaft ¹⁾ führen. Diese "Gütergemeinschaft" haben dann in Wirklichkeit nicht die Ehegatten, sondern die über die Ausgleichsansprüche entscheidenden Richter für die Eheleute vereinbart. Dieses grundsätzliche Argument verliert allerdings bei der hier zu untersuchenden Innengesellschaft an Überzeugung, weil bei dieser Gesellschaftsform nach der h.M. ²⁾ kein Gesamthandsvermögen entsteht. Da es nach den vorstehenden Erwägungen im Falle unbenannter Zuwendungen an einem ausdrücklichen Gesellschaftsvertrag fehlt, kann zwischen den Ehegatten jedenfalls insoweit kein Gesellschaftsverhältnis bejaht werden, als der Hausbau lediglich der Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft dient. Es fehlt bei der unbenannten Zuwendung an einem erkennbaren Willen der Ehegatten, zusätzlich zu der zwischen ihnen bestehenden, durch die Eheschließung begründeten umfassenden Rechtsbeziehung ein weiteres Rechtsverhältnis einzugehen.

c) Grundstücksübertragung im Rahmen betrieblicher Zusammenarbeit

Bei der Erörterung der Rechtsgründe benannter Zuwendungen ist bereits festgestellt worden, daß ein Grundstück auch aus Anlaß der gemeinsamen Betriebs-tätigkeit zugewendet werden kann ³⁾.

In einem solchen Fall kann aber nur dann zwischen den Ehegatten eine Innengesellschaft als causa der Zuwendung bejaht werden, wenn die Vermögenshingabe mit der klaren Abrede verbunden ist, die Zuwendung

1) Vgl. zu diesen Bedenken bei der Annahme einer Ehegatten-Gesellschaft hinsichtlich des angeschafften Hausrats, Reinicke, NJW 1955, 1359 f; a.A. Alebrand, FamRZ 1955, 348 f.

2) Vgl. S. 45 Fn. 1.

3) Vgl. S. 43 ff.

für den gemeinsamen Betrieb anzulegen. Zugleich muß die gemeinsame Betriebstätigkeit regelmäßig über den Umfang der in der ehelichen Lebensgemeinschaft üblichen Zusammenarbeit hinausgehen ¹⁾. Für die Annahme einer Ehegatten-Innengesellschaft genügt dagegen nicht eine Tätigkeit, die sich nach dem objektiven Erklärungswert des Verhaltens der Eheleute lediglich als Verwirklichung der ehelichen Lebensbedürfnisse darstellt ²⁾.

Bei den unbenannten Zuwendungen fehlt es jedoch gerade an einer ausdrücklichen oder eindeutig erkennbaren stillschweigenden Abrede ³⁾, daß die Zuwendung für den gemeinsamen Betrieb verwendet werden soll.

Wie bereits auf S.44 dieser Arbeit dargestellt worden ist, hat allein die Hingabe eines Geldbetrags zum Aufbau eines Geschäfts noch nicht zur Folge, daß dadurch zwischen den Ehegatten ein Gesellschaftsverhältnis entsteht ⁴⁾. Da bei unbenannten Zuwendungen aber ein auf die Gründung einer Gesellschaft gerichteter Wille nicht erkennbar ist, scheidet die Annahme einer Ehegatten-Innengesellschaft auch unter dem Gesichtspunkt der gemeinsamen Betriebstätigkeit aus.

3. Faktische Innengesellschaft zwischen Ehegatten

Die Annahme einer Ehegatten-Innengesellschaft scheiterte bisher daran, daß ein entsprechender Wille zur Errichtung einer Gesellschaft nicht festgestellt werden konnte. Daher liegt es nahe, das Vorliegen eines faktischen Gesellschaftsvertrages zwischen den Ehegatten zu prüfen.

1) Vgl. im einzelnen S. 44.

2) Das gemeinsame Wohnen ist die Verwirklichung eines ehelichen Lebensbedürfnisses, vgl. hierzu Schlüter, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, S. 28.

3) Vgl. zur Definition unbenannter Zuwendungen S.57.

4) Vgl. S. 44 ;BGH, FamRZ 1963, 279, 280; Fischer, BGB-Gesellschaft, S. 157.

Die von Haupt begründete Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen verzichtete nämlich für das Zustandekommen von Verträgen auf das Vorliegen selbst stillschweigender Willenserklärungen. Nach dieser Lehre können Verträge auch durch tatsächliche Vorgänge geschlossen werden ¹⁾. Diese Konstruktion sollte Willensfiktionen zur Begründung eines Vertrages überflüssig machen. So hat Simitis ²⁾ den von der Rechtsprechung gewählten Weg des stillschweigend zustandegekommenen Gesellschaftsvertrages bei der ehelichen Mitarbeit abgelehnt und in diesem Falle die Beziehungen der Ehegatten zueinander als vertragslose und damit faktische Gesellschaft eingeordnet.

Die ursprüngliche Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen ist jedoch wegen des Verzichts auf das Vorliegen einer Willenserklärung zur Vertragsbegründung mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts nicht vereinbar. Zudem weist Erman ³⁾ noch auf eine besondere Unzulänglichkeit dieser Lehre hin, wenn mit ihrer Hilfe ein Gesellschaftsverhältnis fingiert werden soll. Die faktische Gesellschaft stellt auf das tatsächliche Verhalten der Parteien ab. Bei einer Divergenz im Verhalten der Gesellschafter ist die rechtsinhaltliche Bestimmung des Gesellschaftsverhältnisses dann aber ohne Willkür nicht mehr möglich. Im Gegensatz zur faktischen Gesellschaft verlangt die fehlerhafte Gesellschaft wenigstens einen - wenn auch fehlerhaften - Vertragsschluß ⁴⁾. Die Parteien müssen zwar den Willen zur Gesellschaftsgründung gehabt haben, aber der Gesellschaftsvertrag ist wegen Nichtigkeit oder Dissenses nicht zustande gekommen. Die

1) Haupt, S. 8 f.

2) Simitis, RabelsZ 26 (1961), 154, 158.

3) Erman, S. 51.

4) Vgl. Fischer, LM, HGB Nr. 19 zu § 105.

Annahme einer fehlerhaften Gesellschaft zwischen Ehegatten ist nur gerechtfertigt, wenn die Beteiligten sich willentlich zur gemeinsamen, von der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht bereits erfaßten Zweckverfolgung verbunden haben. Wie aber bereits festgestellt wurde ¹⁾, ist gerade der auf den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages gerichtete Wille bei unbenannten Zuwendungen nicht erkennbar vorhanden. Somit sind gesellschaftsrechtliche Vorschriften weder über die Konstruktion einer faktischen noch fehlerhaften Ehegatten-Innengesellschaft anwendbar.

Lieb hat vorgeschlagen ²⁾, für Ausgleichsansprüche im Bereich der ehelichen Mitarbeit gesellschaftsrechtliche Normen analog anzuwenden. Ob dieser Weg auch bei Zuwendungen beim gemeinsamen Hausbau einzuschlagen ist, kann an dieser Stelle nicht erörtert werden. Die analoge Anwendung einer Norm setzt nämlich eine Regelungslücke voraus ³⁾. Diese Lücke kann erst dann festgestellt werden, wenn sämtliche noch zu prüfenden Rechtsinstitute zur Regelung unbenannter Zuwendungen ungeeignet sein sollten.

II. Bruchteilsgemeinschaft als causa unbenannter Zuwendungen

Soweit es um die causa einer Grundstückszuwendung zwischen Eheleuten geht, versuchte der V. Zivilsenat des BGH in dem Urteil vom 22. November 1968 unter Rückgriff auf die §§ 741 ff die Entstehung von Miteigentum zu begründen ⁴⁾.

1) Vgl. S. 57 ff.

2) Lieb, S. 185 ff.

3) Larenz, Methodenlehre, S. 350 ff, insbes. S. 359 f.

4) BGH, FamRZ 1969, 78 f; vgl. auch BGH, FamRZ 1966, 442 zur Beteiligung an einem Sparguthaben.

Dieser Entscheidung lag die Frage zugrunde, ob zwischen den Ehegatten eine BGB-Gesellschaft besteht, wenn der Ehemann seiner Frau ein Grundstück überträgt, auf dem sie gemeinsam ein Haus gebaut haben. Der Senat lehnte die BGB-Gesellschaft als Rechtsgrund ab, weil die Verpflichtung zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks - Hausbau - bereits aus der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft folgen soll und daher die besondere Vereinbarung eines Gesellschaftszwecks ausscheidet.

Da der Hausbau aber nach dem unstreitigen Vortrag der Parteien eine Gemeinschaftsleistung war, kam das Gericht zu dem Ergebnis, daß die Gemeinschaft als Rechtsgrund der Übereignung anzusehen ist. Dies hatte zur Folge, daß dem Ehemann trotz der Übertragung des ganzen Grundstücks an seine Frau gem. § 742 die Hälfte zustand.

Die Literatur hat diese Konstruktion als Verirrung ¹⁾ bezeichnet und sie abgelehnt, weil das Gemeinschaftsrecht nichts über die Entstehung des Miteigentums aussagt.

Dieser Kritik ist wegen des eindeutigen Wortlauts des § 741 und des Zwecks der §§ 741 ff zuzustimmen. Die Gemeinschaft könnte allenfalls als causa der Grundstückszuwendung in Betracht kommen, wenn eine ihrer Vorschriften aussagen würde, wie gemeinschaftliches Eigentum entsteht. Der Tatbestand des § 741 setzt nach seinem Wortlaut die gemeinschaftliche Rechtsinhaberschaft voraus, denn die Anwendung der §§ 742-758 tritt als Rechtsfolge erst ein, wenn ein Recht mehreren gemeinschaftlich zusteht.

1) So Lieb, S. 118 f, Fn. 47.

Auch der Zweck der §§ 741-758 spricht gegen die Anwendung des Gemeinschaftsrechts als causa unbenannter Zuwendungen. Die einzelnen Vorschriften sollen lediglich die Interessen der an gemeinschaftlichen Rechten bereits Beteiligten abgrenzen und die Verwaltung und Abwicklung dieser gemeinsamen Rechte sichern ¹⁾. Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß die §§ 741 ff das Bestehen der dinglichen Gemeinschaft voraussetzen. Als möglicher Entstehungsgrund einer Gemeinschaft kommen demnach nur das Gesetz, ein Rechtsgeschäft, insbesondere die letztwillige Verfügung oder ein Vertrag in Betracht ²⁾.

Der BGH hatte sich nach dieser Entscheidung noch des öfteren mit der Rückabwicklung von Grundstückszuwendungen zu beschäftigen. In diesen Urteilen ³⁾ ist er nicht mehr von der Gemeinschaft als causa solcher Zuwendungen ausgegangen. Es ist daher anzunehmen, daß der Bundesgerichtshof in Anbetracht der Schwächen dieser Konstruktion von seiner damaligen Entscheidung abgerückt ist.

III. Auftrag als causa unbenannter Zuwendungen

Die Erörterung unbenannter Zuwendungen im Rahmen einer Ehegatten-Innengesellschaft hat ergeben, daß die unmittelbare Anwendung gesellschaftsrechtlicher Normen ausscheidet, weil zwischen den Parteien kein auf den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages gerichteter Rechtsbindungswille festgestellt werden kann. Trotz der Schwierigkeiten, eine schuldrechtliche causa für unbenannte Zuwendungen zu bestimmen, glaubt ein Teil der Literatur ⁴⁾, gestützt auf vereinzelte

1) Esser-Schmidt, § 38 IV 1, S. 273.

2) Vgl. Palandt-Thomas, § 741 Anm. 2; Soergel-Schultze v. Lasaulx, Vorbem. 1 zu § 741.

3) Vgl. BGHZ 65, 320 ff; 68, 299 ff.

4) Vgl. besonders Kühne, FamRZ 1968, 356, 358; 1969, 371 ff; Henrich, Familienrecht, § 7 IV 3, S. 38; FamRZ 1975, 533, 536 f.

Entscheidungen der Rechtsprechung ¹⁾, daß bei Geldzuwendungen zum gemeinsamen Hausbau zwischen den Ehepartnern schuldrechtliche Beziehungen in der Form eines Auftrags oder auftragsähnlichen Verhältnisses bestehen. Ein Auftragsverhältnis wird von seinen Befürwortern aber nur in den Fällen angenommen, in denen ein Ehegatte - zumeist der Ehemann - seinem Partner Geld gibt, damit dieser entweder ein Haus kauft oder auf seinem schon vorhandenen Grundstück ein Haus baut. In Ausführung des Auftrags soll der Zuwendungsempfänger Eigentümer des Hauses werden, aber gem. § 667 verpflichtet sein, dem anderen Ehegatten den auf diesen entfallenden Miteigentumsanteil einzuräumen. Die Höhe des Anteils richtet sich nach dem Verhältnis der zugewendeten Mittel, wobei zugunsten des beauftragten Ehegatten der Wert seines eventuell vorhandenen Grundstücks mit in die Rechnung einzusetzen ist ²⁾.

Es bestehen keine Bedenken dagegen ³⁾, daß Ehegatten miteinander schuldrechtliche Verträge wie z.B. einen Auftragsvertrag eingehen können.

Wenn man den Gesichtspunkt einer gleichwertigen Vermögensbeteiligung an dem mit der Geldzuwendung gebauten Haus in den Vordergrund stellt, bietet die Annahme eines Auftragsverhältnisses zwischen den Ehegatten für den Zuwender eine vergleichsweise günstige Vermögenssituation. Bei der Ehegatten-Innengesellschaft könnte der zuwendende Ehegatte, der nicht Eigentümer oder Miteigentümer des Hauses geworden ist, im Falle der Auseinandersetzung lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Abfindung durch Zahlung eines Geldbetrages geltend machen ⁴⁾.

1) BGH, NJW 1951, 352; FamRZ 1960, 58 f; 1967, 450.

2) Kühne, FamRZ 1968, 356, 358.

3) Vgl. S. 12 ff.

4) Vgl. S. 7 f.

Falls die Geldzuwendung aufgrund eines Auftrags erfolgt, kann der Geldgeber gem. § 667 die dingliche Beteiligung am Grundstück durch Einräumung des Miteigentums verlangen ¹⁾.

Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß ein Auftrag als causa unbenannter Zuwendungen nur für Fälle der Geldzuwendung zum gemeinsamen Hausbau in Frage kommt. Dagegen scheidet der Auftrag als Rechtsgrund bei der Übereignung oder Einräumung des Miteigentums an einem Grundstück aus. Die Erörterung der verschiedenen Beweggründe bei benannten Zuwendungen hat gezeigt, daß die vorübergehende Übertragung eines Grundstücks auf den Ehegatten dazu dienen kann, Gläubigerzugriffe auf dieses Grundstück zu vereiteln²⁾. Der Zuwendungsempfänger ist dann Eigentümer des Grundstücks geworden, aber im Innenverhältnis ist er im Rahmen eines Auftrags schuldrechtlich in der Weise gebunden, daß er das Eigentum am Grundstück nur abredegemäß im Interesse des Zuwenders nutzen darf. Dies bedeutet, daß ein Treuhandverhältnis und der diesem Verhältnis zugrunde liegende Auftrag als causa der Zuwendung nur angenommen werden kann, wenn die Ehepartner nachweislich eine vorübergehende Eigentumsübertragung zum Schutz vor Gläubigerzugriffen bezweckt haben. Ein solcher Nachweis ist jedoch bei unbenannten Zuwendungen nicht zu erkennen.

Andererseits legt die bestehende Ehe aber die Annahme nahe, daß der Erwerber mit dem Grundstück auch nicht nach seinem Belieben verfahren soll, denn bei dem

1) Dieser Anspruch könnte ausnahmsweise an der fehlenden Beachtung des § 313 scheitern, falls neben dem "reinen" Auftrag noch eine zusätzliche Erwerbspflichtung des Auftragnehmers besteht; vgl. hierzu S. 57 m.w.N..

2) Vgl. S. 35 ff.

gemeinsamen Hausbau handelt es sich um die Ausführung eines wichtigen Bereichs der ehelichen Lebensgemeinschaft. Wie schon bei der Untersuchung gesellschaftsrechtlicher Beziehungen ¹⁾ deutlich wurde, darf die eheliche Lebensgemeinschaft bei der Erörterung unbenannter Zuwendungen als rechtliche Grundverbindung zwischen den Parteien nicht unbeachtet bleiben. Es fragt sich jedoch, ob dieser Gesichtspunkt ausreicht, die Beziehungen der Beteiligten als Auftragsverhältnis zu qualifizieren. Dies hängt davon ab, ob ihr Verhalten einen entsprechenden Willen erkennen läßt.

Obwohl der Auftrag wegen seiner Unentgeltlichkeit und der im Vergleich zu anderen Schuldverhältnissen sehr schwachen Bindung des Beauftragten ²⁾ Ähnlichkeit mit dem Gefälligkeitsverhältnis hat, ist der Auftrag dennoch ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag ³⁾. Für den Beauftragten entsteht mit Abschluß dieses Vertrages die Verpflichtung, das Übertragene Geschäft unentgeltlich für den Auftraggeber zu besorgen. Der Beauftragte haftet selbst bei leichter Fahrlässigkeit für die unterbliebene oder schlechte Ausführung des Auftrags. Die Begründung des "Auftragsvertrages" setzt daher voraus, daß die Ehegatten das Bewußtsein und den Willen haben, daß die Geldzuwendung aufgrund eines Rechtsgeschäfts erfolgt und beide auch die für den Auftrag erforderliche Rechtsbindung wollen ⁴⁾.

Da bei unbenannten Geldzuwendungen gerade keine ausdrücklichen Abreden getroffen worden sind, kommt allenfalls der stillschweigende Abschluß eines Auftrags in Betracht. Insbesondere der BGH entwickelte eine Reihe von Indizien, aus denen er den Rechts-

1) Vgl. insbes. S. 65 ff.

2) Vgl. Flume, Das Rechtsgeschäft, Bd. II, § 7, 5, S. 86 f.

3) Palandt-Thomas, Einf. 1a vor § 662.

4) BGHZ 21, 102, 106; vgl. auch zu den Voraussetzungen des Bindungswillens beim Rechtsgeschäft, Stoll, § 10 II, S. 34 ff.

bindungswillen der Parteien folgte. Die Art des Geschäfts, der wirtschaftliche Wert der anvertrauten Sache, ihre Bedeutung und die Interessenlage der Parteien können danach auf den Rechtsbindungswillen schließen lassen ¹⁾. Dagegen liegen Gefälligkeiten des täglichen Lebens oder rein gesellschaftliche Gefälligkeiten außerhalb des rechtsgeschäftlichen Bereichs.

Wenn man bei der Geldzuwendung zum gemeinsamen Hausbau ausschließlich auf den Wert der Zuwendung abstellt, scheint der Rechtsbindungswille der Ehegatten als wichtige Voraussetzung für ein Auftragsverhältnis problemlos vorzuliegen. Die Summe des zugewandten Geldes ist vielfach der einzige große Vermögensposten des Ehegatten, so daß einiges dafür zu sprechen scheint, daß die Geldzuwendung nur im Rahmen einer rechtlichen Verpflichtung des Empfängers gegenüber dem Zuwender erfolgen sollte.

Dennoch läßt die nach außen erkennbare Interessenlage der Eheleute Zweifel aufkommen, ob der unbenannten Geldzuwendung ein Auftrag zugrunde liegt. Zunächst ist auf einen schon von Lieb ²⁾ hervorgehobenen tatsächlichen Gesichtspunkt hinzuweisen. Auch wenn ein Ehegatte dem anderen das Geld zum Bau oder Kauf eines Hauses gibt, führt der Zuwendungsempfänger nicht wie für einen Beauftragten typisch den Hausbau allein aus. Vielmehr betreiben beide Ehegatten gemeinsam die Schaffung einer Heimstätte für die Familie. Das für den Auftrag typische Merkmal der bewußten Wahrnehmung fremdnütziger Interessen liegt nicht vor. Allerdings hat die

1) BGHZ 21, 102, 107.

2) Lieb, S. 123.

Rechtsprechung ¹⁾ mehrfach betont, daß der Beauftragte neben der Wahrnehmung fremder Interessen auch eigene Ziele verfolgen kann. In diesen Fällen handelt es sich jedoch zumeist darum, daß mit der Ausführung des Auftrags das eine Geschäft unterschiedliche Ziele und jeweils eigene Interessenlagen der Parteien sichert. So kann der Sicherungsnehmer beispielsweise die Interessen des Sicherungsgebers dadurch wahren, daß er den vorteilhaftesten Weg der Verwertung wählt und den die gesicherte Forderung übersteigenden Erlös herausgibt. Zugleich wird er seine eigenen Interessen an einer möglichst sicheren und vollständigen Befriedigung seiner ausstehenden Forderung durchsetzen. Die Verfolgung unterschiedlicher Interessen durch die Wahrnehmung eines Auftrags zwischen Ehegatten wird man auch bejahen können, wenn der Ehemann seiner Frau das Geld zum Hausbau gibt, um sein Kapital dauerhaft in Grund und Boden anzulegen, während die Ehefrau nur ein Interesse an der Schaffung einer Wohnung für die Familie hat. In einem solchen Fall wird sich der Ehemann zur Sicherung seines Vermögens zusätzlich eine Grundschuld einräumen lassen.

Bei der unbenannten Geldzuwendung zum Hausbau steht jedoch das gemeinsame Interesse im Vordergrund, eine Wohnung für die Familie zu errichten. Hierzu tragen beide Eheleute je nach ihren finanziellen Kräften mit Geld und evtl. auch einem bereits vorhandenen Grundstück bei. Die "Nur-Hausfrau" ermöglicht durch ihre Hausarbeit dem Mann, sich voll auf seinen Beruf als Erwerbsquelle zu konzentrieren. Allein durch die Haushaltsführung und die dadurch dem Ehemann ersparten Kosten leistet sie einen Beitrag zum Hausbau. Der

1) RGZ 79, 65; BGHZ 16, 265 f.

Auftrag kann als Grundform fremdnütziger Interessenwahrung nicht den Beziehungen der Eheleute zueinander gerecht werden.

Gegen die Annahme eines Auftrags spricht auch, daß der zuwendende Ehegatte regelmäßig erst nach Jahren, wenn die Ehe gescheitert ist, das Grundstück oder einen entsprechenden Anteil herausverlangt. Die Tatsache, daß der Ehemann über Jahre hinaus den Anspruch auf Übereignung des Grundstücks nicht geltend gemacht hat, ist ein starkes Indiz dafür, daß der Empfänger des Geldes nach den ursprünglichen Vorstellungen der Eheleute die Zuwendung endgültig behalten sollte.

Kühne ¹⁾ sieht in dem jahrelangen Verbleib des Grundstücks beim Zuwendungsempfänger kein Argument gegen den Auftrag als causa der Zuwendung. Nach seiner Ansicht hat der Zuwender möglicherweise auf die Geltendmachung des Anspruchs nach § 667 verzichtet. Für die Annahme eines Verzichts sind jedoch überhaupt keine Anhaltspunkte gegeben, so daß Lieb ²⁾ diese Konstruktion zu Recht als eine Fiktion bezeichnet.

Schließlich spricht auch der die Ehe beherrschende Gedanke der Partnerschaft gegen einen stillschweigend geschlossenen Auftrag zwischen Ehegatten, solange hierfür keine besonderen Anhaltspunkte vorliegen. Der Partnerschaftsgedanke bedingt, daß die Eheleute ihre gemeinsamen Ziele gleichberechtigt, in gegenseitiger Rücksichtnahme und dennoch unabhängig von den Weisungen des anderen verfolgen. Dieses Prinzip hat im Auftragsrecht keine Geltung. Weil es um die Interessen des Auftraggebers geht, ist dieser Herr

1) Kühne, FamRZ 1968, 356, 358.

2) Lieb, S. 123, Fn. 71.

des Geschäfts ¹⁾. Der Auftragnehmer ist an die Weisungen des Auftraggebers grundsätzlich gebunden. Deshalb kann beim Auftrag nicht wie bei der ehelichen Lebensgemeinschaft gesagt werden, die Parteien seien gleichberechtigt und weisungsunabhängig. Da im Auftragsrecht ein Über-Unterordnungsverhältnis der Parteien herrscht, welches dem in der ehelichen Lebensgemeinschaft bestehenden Prinzip der Gleichwertigkeit und Gleichberechtigung entgegensteht, müssen für die Annahme auftragsrechtlicher Beziehungen zwischen den Eheleuten eindeutige Hinweise vorliegen. Diese fehlen bei der unbenannten Geldzuwendung zum gemeinsamen Hausbau.

Als bisheriges Ergebnis ist festzuhalten, daß der objektive Erklärungswert des Verhaltens der Eheleute sowohl gegen die Innengesellschaft als auch gegen den Auftrag als causa unbenannter Zuwendungen spricht. Die Zuwendung zum Hausbau dient der Erfüllung gemeinsamer Lebensbedürfnisse ²⁾ und damit der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Diese wiederum stellt zwischen den Eheleuten eine Grundverbindung dar, aus der sich umfassende Rechte und Pflichten ergeben.

IV. Schenkung als causa unbenannter Zuwendungen zwischen Ehegatten

Die unmittelbare Anwendung des Gesellschaftsrechts und das Vorliegen eines Auftrags sind als causa unbenannter Zuwendungen vor allem deshalb gescheitert, weil diese Schuldrechtstypen den Besonderheiten der ehelichen Lebensgemeinschaft, den auf Liebe und Ver-

1) Palandt-Thomas, § 665 Anm. 1; Mü-Ko-Seiler, § 665 Rdnr. 1.

2) Vgl. Schlüter, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, S. 28; BGH, FamRZ 1982, 246 f.

trauen gegründeten Beziehungen zwischen Ehegatten nicht gerecht werden können.

Dagegen scheint von der Interessenlage her die Schenkung als eine Äußerung des Altruismus ¹⁾

- Opfer ohne Entgelt - auf die Beziehungen zwischen Ehegatten in einer intakten Ehe eher zu passen. Bei der Schenkung herrschen anders als bei den sonstigen Vertragstypen des Schuldrechts ideale Motive wie Zuneigung, Mildtätigkeit, mitunter aber auch eigennützige Gründe ²⁾ vor.

Die an sich naheliegende Annahme einer Schenkung bei der Geld- oder Grundstückszuwendung zwischen Ehegatten ³⁾ setzt wegen ihres Vertragscharakters voraus, daß sich die Eheleute über die in § 516 Abs. 1 gestellten Anforderungen geeinigt haben.

Der Tatbestand der Schenkung besteht aus einem objektiven und subjektiven Merkmal.

Objektiv muß durch die Zuwendung eine Bereicherung des Empfängers eingetreten sein. Subjektiv müssen sich die Parteien über die Unentgeltlichkeit dieser Zuwendung geeinigt haben.

1. Objektives Tatbestandsmerkmal der Schenkung

Wenn der Ehegatte seinem Partner ein Grundstück zuwendet oder einen hälftigen Miteigentumsanteil einräumt, liegt das objektive Merkmal der Bereicherung des Empfängers mit der Grundstückszuwendung vor.

Wie bereits dargestellt ⁴⁾, sind bei der unbenannten Zuwendung regelmäßig auch keine Anhaltspunkte gegeben, die den Schluß auf eine der Schenkung entgegenstehende, bloß vorübergehende, zu fiduziarischen Zwecken erfolgte Übereignung zulassen.

1) Staudinger-Reuss, Vorbem. 1 zu § 516.

2) Heck, Schuldrecht, § 92, 2, S. 289.

3) Vgl. Schlüter, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, S. 30, der bei der Zuwendung von besonders wertvollen Gütern zwischen Unverheirateten als causa eine Schenkung bejaht.

4) Vgl. S. 78 f.

Soweit der Ehemann seiner Frau Geld zum Kauf eines Grundstücks oder zum Bau eines Hauses gibt, können Zweifel bestehen, ob nach dem Parteiwillen ¹⁾ das Geld oder das gekaufte Grundstück zugewendet ist. Diese Frage kann hier jedoch offenbleiben, weil das objektive Merkmal der Bereicherung des Empfängers sowohl bei der Geld- als auch bei der Grundstücks-schenkung gegeben ist.

2. Subjektive Voraussetzung der Schenkung

Die subjektive Seite der Schenkung erfordert, daß sich sowohl der Zuwender als auch der Empfänger der Leistung einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

Während der Schenkungsbegriff im Steuerrecht ²⁾ bloß verlangt, daß objektiv eine Bereicherung des Empfängers gegeben ist und nur der Zuwender einen Bereicherungswillen zu haben braucht, reicht dieser einseitige Bereicherungswille für die Schenkung i.S.d. bürgerlichen Rechts nicht aus.

Dies hat zur Folge, daß eine Schenkung nicht zustande gekommen ist, wenn auch nur eine Partei - sei es irrtümlich - die Zuwendung als Abgeltung einer Gegenleistung oder als Erfüllung einer Verbindlichkeit ansieht ³⁾.

Eine Zuwendung ist nach einhelliger Meinung ⁴⁾ nur dann als unentgeltlich anzusehen, wenn ihr nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts keine Gegenleistung gegenübersteht. Selbst ein objektives Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung schließt die

1) BGH, FamRZ 1970, 19, 21; NJW 1972, 247 f; Erman-H.H. Seiler, § 516 Rdnr. 5; Jauernig-Vollkommer, BGB, § 516 Anm. 2a, cc; Mü-Ko-Kollhossner, § 516 Rdnr. 4; Staudinger-Reuss, § 516 Rdnr. 10.

2) Vgl. § 7 I Nr. 1 ErbStG.

3) Mü-Ko-Kollhossner, § 516 Rdnr. 13; Soergel-Mühl, § 516 Rdnr. 12; v. Lübtow, JR 1957, 340, 342.

4) RGZ 125, 380, 383; Palandt-Putzo, § 516 Anm. 4; Soergel-Mühl, § 516 Rdnr. 12; Staudinger-Reuss, § 516 Rdnr. 13.

Entgeltlichkeit der Zuwendung nicht aus, falls nur nach dem Willen der Parteien die gegenseitig erbrachten Leistungen gleichstehen sollen ¹⁾. Die Gegenleistung braucht auch nicht in Geld zu bestehen oder Geldwert zu haben. Sie kann nicht vermögensrechtlicher Art sein ²⁾.

Unter diesen Voraussetzungen ist die Zuwendung eines Grundstücks oder eines Geldbetrags zwischen Ehegatten eine Schenkung, wenn sich die Eheleute einig sind, daß die Leistung insbesondere nach dem Willen des Empfängers ohne Gegenleistung erbracht wird.

Bei der benannten Zuwendung fehlt es an einer ausdrücklichen Absprache über den Rechtsgrund. Das Verhalten der Eheleute kann daher allenfalls als schlüssige Vereinbarung über die Unentgeltlichkeit angesehen werden. Das Gericht kann diese Frage nur gem. § 286 ZPO unter Würdigung aller Umstände des jeweiligen Falls entscheiden. Entgegen einer vom Reichsgericht ³⁾ geäußerten Ansicht besteht auch keine Vermutung, daß die Zuwendung eines Geldbetrages oder eines Grundstücks bei Eheleuten als Schenkung gewollt ist. Das BGB kennt eine gesetzliche Vermutung für den Schenkungscharakter einer Zuwendung lediglich in den engen Grenzen der §§ 685 Abs. 2, 1360 b und § 1620. Aus diesem Grunde muß geprüft werden, ob die Parteien sich unter Berücksichtigung der besonderen Beziehungen in einer ehelichen Lebensgemeinschaft über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung schlüssig geeinigt haben. Das Bestehen der ehelichen Lebensge-

1) BGH, FamRZ 1964, 429, 430 f; 1967, 214 f; 1970, 195 f; Mü-Ko-Kollhossner, § 516 Rdnr. 23; Soergel-Mühl, § 516 Rdnr. 14; Staudinger-Reuss, § 516 Rdnr. 16.

2) RG, JW 1938, 843; Mü-Ko-Kollhossner, § 516 Rdnr. 21; Soergel-Mühl, § 516 Rdnr. 15.

3) Vgl. RG, JW 1919, 242; dazu abl. Anmerkung von Heck, JW 1919, 243; RG-Recht, 1920 Nr. 2829; nach § 1042 ALR, I, 11 bestand allerdings noch die gesetzliche Vermutung, daß Zuwendungen unter Eheleuten im Zweifelsfall als Schenkungen anzusehen sind.

meinschaft könnte die Annahme nahe legen, daß die Zuwendung nach dem Willen der Eheleute eine Unterhaltsleistung oder eine Belohnung der Ehefrau für die im Haushalt geleisteten Dienste darstellen sollte. Im folgenden ist daher zu untersuchen, welchen Einfluß diese denkbaren Beweggründe auf das subjektive Merkmal der Schenkung - Einigung über die Unentgeltlichkeit - haben.

a) Zuwendung zum gemeinsamen Hausbau als Unterhaltsleistung?

Da der gemeinsame Hausbau eine Heimstätte schafft und damit zur Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft beiträgt, könnte die Geld- oder Grundstückszuwendung gem. §§ 1360, 1360a eine Unterhaltsleistung darstellen, zu der der Zuwender ohnehin gesetzlich verpflichtet ist. Die Zuwendung zum gemeinsamen Hausbau könnte dann nicht als Schenkung angesehen werden. Wegen des Anspruchs des Zuwendungsempfängers auf Unterhaltsleistung läge eine Unentgeltlichkeit der Zuwendung ¹⁾ nicht vor, weil die Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit nicht unentgeltlich sein kann.

Der Umfang der Unterhaltspflicht richtet sich gem. § 1360a nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten und den Bedürfnissen der Familie. So gehören Haushaltskosten, insbesondere die Aufwendungen für Nahrung, Kleidung und die Beschaffung einer Wohnung zur Unterhaltsleistung. Sogar die Anschaffung von Schmuck oder von Luxusgegenständen kann zum angemessenen Unterhalt zählen ²⁾, wenn der Wert dieser Gegenstände angesichts der Vermögenslage der Ehegatten nicht unge-

1) Soergel-Mühl, § 516 Rdnr. 13; Liebisch, S. 39 f; vgl. Migsch, AcP 173 (1973), 50 ff, 69.

2) OLG Bamberg, FamRZ 1973, 200.

wöhnlich hoch ist und der Besitz solcher Luxusartikel in den gesellschaftlichen Kreisen der Ehegatten üblich ist.

Dagegen hat ungeachtet der Einkommensverhältnisse die Unterhaltspflicht nicht die Verpflichtung zum Inhalt, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen ¹⁾ oder entsprechende Geldmittel zum Grundstückserwerb zur Verfügung zu stellen. Unterhaltsleistungen sind dadurch gekennzeichnet, daß sie die Befriedigung laufender Bedürfnisse bezwecken. Bei der Verschaffung von Eigentum an einem Grundstück handelt es sich dagegen nicht mehr um die Erfüllung laufender Bedürfnisse.

Aus diesem Grunde kann die Zuwendung zum Hausbau nach herrschender Ansicht ²⁾ regelmäßig nicht als ein überobligationsmäßiger Beitrag zum Unterhalt der Familie angesehen werden, für den im Zweifel gem. § 1360b die gesetzliche Schenkungsvermutung gilt ³⁾.

b) Remuneratorische Schenkung

Wenn die Zuwendung schon keine Unterhaltsleistung ist, könnte sie zumindest als eine Belohnung der Ehefrau für geleistete und zukünftig noch zu leistende Arbeit im Haushalt anzusehen sein.

Dies hätte möglicherweise zur Folge, daß es sich bei der Zuwendung um eine echte, sogenannte remuneratorische Schenkung ⁴⁾ handelt. Unter einer remuneratorischen Schenkung versteht man ein Rechtsgeschäft, durch das der Schenker dem Beschenkten für eine von diesem erbrachte Leistung eine rechtlich nicht geschuldete Belohnung gewährt ⁵⁾.

1) BGH, NJW 1966, 2401 f; Mü-Ko-Wacke, § 1360a Rdnr. 5; Soergel-Lange, § 1360a Rdnr. 3; Bosch, FS Beitzke, S. 121, 137.

2) Mü-Ko-Wacke, § 1360b Rdnr. 6; Staudinger-Hübner, § 1360b Rdnr. 5.

3) Vgl. hierzu S. 17 f.

4) RGZ 94, 322, 324; BGH, FamRZ 1982, 436; Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 47 I, S. 169; Mü-Ko-Kollhosser, § 516 Rdnr. 19; Soergel-Mühl, § 516 Rdnr. 23; Staudinger-Reuss, § 516 Vorbem. 9, 11; BGB-RGRK-Mezger, § 516 Rdnr. 8.

5) So ausdrücklich BGH, NJW 1982, 436.

Das subjektive Tatbestandsmerkmal der Schenkung - Einigung über die Unentgeltlichkeit - der Zuwendung liegt vor, weil sich bei der belohnenden Schenkung die Parteien einig sind, daß der Zuwendung keine Gegenleistung gegenübersteht, zu deren Vergütung der Zuwendende verpflichtet sein sollte ¹⁾.

Angesichts des besonderen Charakters der Ehebeziehungen und der mit der Einführung des gesetzlichen Güterstands der Zugewinnngemeinschaft verfolgten Ziele erscheint das Vorliegen einer belohnenden Schenkung zweifelhaft.

Eine belohnende Schenkung würde voraussetzen, daß die Leistungen der Ehefrau im Haushalt und die Kindererziehung für den Ehemann lediglich der Beweggrund waren, seiner Frau ein Grundstück oder die zum Kauf dazu erforderlichen Geldmittel zuzuwenden. Die geleisteten Dienste müßten beim Ehemann nur das Gefühl bewirken, durch die Zuwendung seinen Dank, nicht mehr, auszusprechen ²⁾. Da die remuneratorische Schenkung die Einigkeit über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung voraussetzt, müßte auch die Ehefrau die Zuwendung in demselben Sinne verstanden und angenommen haben.

Haben dagegen beim Ehemann die zur Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft geleisteten Dienste im Haushalt über den Dank hinaus die Vorstellung einer echten Schuld und bei der Ehefrau die Vorstellung eines Anspruchs auf die Zuwendung hervorgerufen ³⁾, liegt zwischen den Parteien keine Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung vor. Die Ehefrau hält es in diesem Fall nur für recht und billig,

1) Larenz, Schuldrecht, Bd. II, § 47 I, S. 169.

2) Vgl. RGZ 72, 189, 191; 94, 322, 324; Soergel-Mühl, § 516 Rdnr. 23.

3) Vgl. RGZ 94, 322, 324; v. Lübtow, JR 1957, 340, 342; Soergel-Mühl, § 516 Rdnr. 23; Staudinger-Reuss, § 516 Rdnr. 15 spricht vom "Gefühl" der Ehefrau, daß dieser auf die Zuwendung einen Anspruch hat.

daß sie an dem Vermögen ihres Mannes beteiligt wird. Die Parteien glauben mit der Zuwendung eine gerechte Vermögensverteilung vorzunehmen, weil die im Haushalt tätige Ehefrau keine Gelegenheit hat, durch eigene Arbeit Vermögen zu erwerben ¹⁾.

Ob die Tätigkeit im Haushalt eine die Schenkung ausschließende Gegenleistung darstellt, hängt davon ab, wie Eheleute üblicherweise die Hausfrauentätigkeit bewerten. Eine Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung würde schon dann fehlen, wenn auch nur eine Partei die Arbeit im Haushalt ²⁾ als Gegenleistung ansähe. So wird es aber im Regelfall sein: Allein durch die Führung des Haushalts ermöglicht die Ehefrau, daß der Ehemann sich ungehindert auf die Erwerbstätigkeit konzentrieren kann. Zudem spart er den Lohn für eine Hausgehilfin, den er zahlen müßte, wenn der Haushalt nicht wie in einer Ehe üblicherweise von der Ehefrau, sondern von einer bezahlten Hausgehilfin und Erzieherin geführt würde. Schließlich ist zu bedenken, daß die im Haushalt arbeitende Ehefrau auf die eigene Berufstätigkeit, den eigenen Verdienst ³⁾, die von ihrem Mann unabhängige Existenzsicherung ⁴⁾ und das soziale Ansehen, das der Berufstätige entsprechend seiner beruflichen Qualifikation genießt, verzichtet.

Angesichts dieser Leistungen kann nicht ohne weitere Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, daß die Hausfrau die Zuwendung ihres Ehemanns zum gemeinsamen

1) Vgl. hierzu BGHZ 71, 61, 64.

2) Vgl. Mü-Ko-Kollhosser, § 516 Rdnr. 13.

3) Siehe zu diesem Gesichtspunkt Bärmann, JZ 1958, 225.

4) Vgl. hierzu Schapp, FamRZ 1980, 215, 217; BGHZ 71, 61, 64; vgl. zum Problem der sozialen Absicherung der Hausfrau auch den Bericht der Bundesregierung, BT-Drucks. V 909, S. 125 ff, 185 ff.

Hausbau als Leistung ansieht, die sie nur mit dem Gefühl der Dankbarkeit und der Meinung, keine gleichwertige Gegenleistung zu erbringen, entgegengenommen hat.

Die Hausarbeit wird von der Ehefrau daher im Zweifel als Gegenwert zur Vermögenszuwendung angesehen, so daß das für die Schenkung unabdingbare Merkmal der Einigung über die Unentgeltlichkeit nicht vorliegt ¹⁾. Dem steht nicht entgegen, daß der Ehemann mit der Zuwendung auch seinen Dank für die Leistung der Ehefrau ausdrücken will, weil das Gefühl der Dankbarkeit nicht den einzigen Beweggrund darstellt.

Gegen eine Schenkung spricht auch der dem gesetzlichen Güterstand zugrundeliegende Rechtsgedanke und das übliche Verständnis der Ehegatten von den rechtlichen Auswirkungen der Zugewinnngemeinschaft. Der gesetzliche Güterstand bezweckt, daß die Ehegatten an allem, was sie in der Ehe erworben haben, wertmäßig gleichen Anteil ohne Rücksicht auf den eigenen finanziellen Beitrag erlangen sollen ²⁾. Zwar bleibt jeder Ehegatte während der Dauer des Güterstands Eigentümer seines Vermögens. Die Ausgleichsforderung des weniger begüterten Ehegatten entsteht gem. § 1378 Abs. 3 erst mit der Beendigung des Güterstands. Dennoch entwickelt sich schon während der Ehe und vor dem Zeitpunkt des Zugewinnausgleichs ein latenter Anspruch des Ausgleichsberechtigten auf Beteiligung am Vermögen des Ehepartners. Zur Sicherung dieses zukünftigen Ausgleichsanspruchs ³⁾ sind den Ehegatten gewisse Verwaltungs- bzw. Verfügungsbeschränkungen nach §§ 1365 ff, 1369, das Recht auf vorzeitige

-
- 1) Vgl. BGH, FamRZ 1966, 91; OLG Karlsruhe, FamRZ 1974, 306 f; LG Bonn, FamRZ 1980, 359, 360 f; Mü-Ko-Kollhossner, § 516 Rdnr. 44; Henrich, FamRZ 1975, 533, 536; Lieb, S. 123; Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, S. 300, Fn. 50; BGH, FamRZ 1982, 246 f.
 - 2) LG Bonn, FamRZ 1980, 359, 361; Sauer, Diss. 1968, S. 7 f spricht deshalb von einer wirtschaftlichen Vermögensgemeinschaft.
 - 3) Teilw. wird in der Literatur auch von einem potentiellen Anwartschaftsrecht des Ausgleichsberechtigten gesprochen, so Bärmann, AcP 157 (1958/59), 145, 171 f; Thiele, FamRZ 1958, 393, 396; BGB-RGRK-Finke, § 1378 Rdnr. 14.

Geltendmachung des Zugewinnausgleichs gem. §§ 1385, 1386 und das Recht auf Unterrichtung über den Vermögensstand auferlegt. Auch die in § 1380 Abs. 1 Satz 2 enthaltene Anrechnungsbestimmung bei wertvollen Zuwendungen unterstreicht, daß solche Leistungen regelmäßig nicht als Schenkungen anzusehen sind, denn nach dieser Vorschrift stellen Geld- oder Grundstückszuwendungen einen Vorausempfang auf den späteren Ausgleichsanspruch des Zuwendungsempfängers dar. Wenn der Ehemann seiner in der Regel ausgleichsberechtigten Frau schon vor Beendigung des Güterstands Geld oder ein Grundstück aus seinem Vermögen zuwendet, nimmt er damit lediglich die Erfüllung eines in der Entwicklung begriffenen Rechts der Ehefrau auf Teilhabe an dem während der Ehe angeschafften größeren Vermögen des Mannes vorweg. Hierbei wird es vor allem darum gehen, daß vor dem Zugewinnausgleich bestehende wirtschaftliche Ungleichgewicht zu Lasten der Ehefrau auszugleichen. Bei einer solchen Sachlage kann die Zuwendung zum Hausbau nicht mehr als eine nur auf altruistischen Motiven beruhende Schenkung angesehen werden.

Gerade dieses letzte Argument verdeutlicht, wie sehr das Rechtsverhältnis der Ehe die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehepartner überlagert. Schon bei der Erörterung der Innengesellschaft ¹⁾ und des Auftrags ²⁾ als causa unbenannter Zuwendungen zeigte sich, daß die eheliche Lebensgemeinschaft als Grundverbindung zwischen den Parteien besondere schuldrechtliche Beziehungen in der Regel überflüssig macht und der objektive Erklärungswert des Verhaltens der Ehegatten dahin auszulegen ist, daß diese neben der ehelichen Lebensgemeinschaft keine weitere Rechtsbeziehung

1) Vgl. S. 57 ff.

2) Vgl. S. 77 ff.

eingehen wollen. Der gemeinsame Hausbau dient der Konkretisierung der ehelichen Lebensgemeinschaft und der Erfüllung des Lebensbedürfnisses "Wohnen" ¹⁾. Dieses Ziel könnten die Ehegatten allerdings auch ohne Einräumung des Miteigentumsanteils an einem Grundstück erreichen.

Wenn der Ehemann seiner Frau dennoch Miteigentum einräumt, so spricht der objektive Erklärungswert dieses Verhaltens dafür, daß die Parteien bereits während der Ehe einen Vermögensausgleich bezweckten, den das Güterrecht erst am Ende der Ehe vorsieht. Dieser vorweggenommene Vermögensausgleich läßt angesichts der ehelichen Lebensgemeinschaft und in Anbetracht des gesetzlichen Güterstands den Schluß zu, daß die causa der unbenannten Zuwendung zum gemeinsamen Hausbau im Familienrecht zu suchen ist.

Zudem wird den Eheleuten vielfach auch das Bewußtsein einer unentgeltlichen Zuwendung fehlen ²⁾. Der Tatbestand der Schenkung setzt die bewußte Trennung zweier Vermögenssphären voraus ³⁾. Gerade daran fehlt es zumindest bei den Ehegatten, die im gesetzlichen Güterstand ⁴⁾ leben. Die Eheleute gehen von dem Gedanken aus, "was Dein ist, ist auch Mein". Daraus folgt, daß die Ehegatten im täglichen Leben die "tatsächliche Gütergemeinschaft" ⁵⁾ praktizieren und in ihrer laienhaften Vorstellung davon ausgehen, daß bei fehlendem Ehevertrag den Eheleuten wie in der Gütergemeinschaft das gesamte Vermögen gemeinschaftlich gehört ⁶⁾. Vielleicht hat zu dieser Vorstellung auch die an sich mißverständliche Bezeichnung "Zugewinnsgemeinschaft" beigetragen.

1) Vgl. hierzu Schlüter, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, S. 28.

2) BGH, JR 1972, 244 für Zuwendung von Wertpapieren; LG Bonn, FamRZ 1980, 359, 361.

3) BGH, JR 1972, 244; Lieb, S. 123.

4) Dagegen spricht der Güterstand der Gütertrennung zumindest zum Zeitpunkt seiner Vereinbarung dafür, daß sich die Eheleute der Trennung zweier Vermögensmassen mit ihren Folgen bewußt waren; vgl. Kühne, JR 1972, 245 f.

5) Burckhardt, S. 293.

6) Vgl. von Godin, MDR 1966, 722 f.

Die falsche rechtliche Beurteilung der Zugewinnsgemeinschaft ändert jedoch nichts an der gegen eine Schenkung sprechenden, allein maßgebenden subjektiven Vorstellung der Eheleute, die von partnerschaftlichen Vermögensbeziehungen ohne Trennung der Vermögenssphären ausgehen. Die Schenkung scheidet daher als causa unbenannter Zuwendungen zum gemeinsamen Hausbau aus.

C. Familienrechtliche Zweckbestimmung als Rechtsgrund der unbenannten Zuwendung

I. Das Bestehen einer causa außerhalb des Schuldrechts

Nach dem bisherigen Stand der Untersuchung ist zu sagen, daß eine schuldrechtliche causa für unbenannte Zuwendungen nicht festgestellt werden kann. Besonders die an sich naheliegende Annahme einer Schenkung oder eines Auftrags muß angesichts fehlender besonderer Hinweise abgelehnt werden. Diese Vertragstypen sind auch nicht in der Lage, den sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ergebenden Beziehungen der Eheleute Rechnung zu tragen. Die Annahme einer Ehegatten-Innengesellschaft käme zwar dem Leitgedanken der partnerschaftlichen, gleichberechtigten Beziehung der Eheleute sehr nahe. Dennoch sind gerade der gemeinsame Hausbau und die zu diesem Zwecke erfolgten Zuwendungen typische Ausgestaltungen der ehelichen Lebensgemeinschaft. Wenn die Ehegatten zur Verwirklichung dieser Ziele neben der ehelichen Lebensgemeinschaft eine zusätzliche schuldrechtliche Bindung in der Form der Gesellschaft eingehen wollen, müssen eindeutige Hinweise vorliegen, obwohl sich Ehegatten nach der Rechtsprechung des BGH ¹⁾ grundsätzlich durch ausdrückliche Abmachung "zum Zweck des

1) BGH, NJW 1982, 170 f.

Erwerbs und Haltens eines Familienheims" in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammenschließen können. In Anbetracht der Schwierigkeiten, für unbenannte Zuwendungen ein geläufiges Schuldrechtsinstitut als causa zu finden, vertritt Lieb die Ansicht, daß es sich bei diesen Zuwendungen zwischen Ehegatten um "spezielle, familienrechtliche, aber causallose Ausgestaltungen der ehelichen Lebensgemeinschaft handelt, die bereits wesensmäßig mit dem Bestand der Ehe verknüpft sind und daher im Sinne eines "Behaltendürfens" nur solange legitimieren, als die Ehe besteht" ¹⁾. Zur Begründung führt er an, unbenannte Zuwendungen unter Ehegatten seien infolge der Überlagerung durch das Eheband keine Verkehrsgeschäfte, auf die die schuldrechtlichen Normen paßten. Es verbiete sich, diese Güterbewegungen um jeden Preis in geläufige Schuldrechtsinstitute zu pressen ²⁾. Ob diese Ansicht zutreffend ist, wird noch zu prüfen sein ³⁾. Gernhuber ⁴⁾ hält es für denkbar, daß Vermögensverschiebungen zwischen Ehegatten ohne jede Leistungszweckbestimmung vollzogen werden und bewußt ohne stabilisierenden Rechtsgrund bleiben. Die Rückabwicklung solcher causallosen Zuwendungen erfolge über die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung.

Es bestehen jedoch erhebliche Bedenken, unbenannte Zuwendungen unter Ehegatten als causallose Vermögensverschiebungen anzusehen, weil dies der Interessenslage der Parteien und den tatsächlichen Umständen,

1) Lieb, S. 124.

2) Lieb, S. 124.

3) Vgl. S. 101 ff.

4) Gernhuber, Familienrecht, § 19 V 5, S. 211.

die der Zuwendung zugrunde liegen, kaum gerecht wird:

Zum einen erscheint es unwahrscheinlich, daß ein vernünftiger Mensch einen anderen auf seine Kosten reicher macht, ohne einen Zweck zu verfolgen ¹⁾. Es ist der Auffassung Oertmanns zuzustimmen, daß jedes Geschäft, einerlei ob Verpflichtungs- oder Verfügungsakt, mit psychologischer Notwendigkeit um gewisser Zwecke willen vorgenommen wird ²⁾. Solche Verfügungen sind allerdings dann ohne Rechtsgrund erfolgt, wenn z.B. das Verpflichtungsgeschäft wegen Sittenwidrigkeit oder Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig ist. In derartigen Fällen haben die Parteien jedoch nicht bewußt auf einen Rechtsgrund verzichtet, vielmehr ist der Rechtsgrund ohne Rücksicht auf den Willen kraft Gesetzes entfallen.

Die Qualifizierung unbenannter Zuwendungen als causa-lose Vermögensverschiebungen liefe auch den Interessen der Parteien zumindest zum Zeitpunkt der Zuwendung zuwider. Der Empfänger der Leistung müßte jederzeit mit einem Herausgabeanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung rechnen. Welchen Sinn soll die Zuwendung aber haben, wenn der Empfänger schutzlos dasteht und jederzeit befürchten muß, das Empfangene zurückzugeben? Gernhuber ³⁾ will ein solches Ergebnis vermeiden, indem er auf § 1353 verweist, aus dem sich ergeben kann, daß die Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs ausgeschlossen sein kann.

Diese Lösung würde zur Unsicherheit bei den Ehegatten führen und die Gerichte vor kaum lösbare Probleme

1) Lehmann-Hübner, § 25 III 1 b, S. 157 f; vgl. auch Larenz, AT, § 18 II d, S. 297; Mugdan, Bd. II, S. 1173 ff.

2) Oertmann, BGB-AT, S. 301.

3) Gernhuber, Familienrecht, § 19 V 5, S. 211.

stellen, wenn sie feststellen sollen, wann und unter welchen Umständen der Empfänger der Zuwendung diese herauszugeben hat. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die Eheleute sich einig sind, daß die Zuwendung, zumindest solange die Ehe intakt ist, beim Empfänger verbleiben soll und dieser auch ein Recht hat, die Leistung zu behalten ¹⁾.

Hierfür spricht als starkes Indiz, daß das Verlangen nach Rückabwicklung der Zuwendung oft nach Jahren aufkommt, wenn die Ehe gescheitert ist. Bis dahin haben die Ehegatten schon durch ihr nach außen erkennbares Verhalten deutlich gemacht, daß der Zuwendungsempfänger die Leistung behalten und nicht einem latenten Herausgabeanspruch ausgesetzt sein soll. Die Ansicht Liebs ist allerdings insoweit zutreffend, als diese unbenannten Zuwendungen infolge der Überlagerung durch die Ehe nicht in ein geläufiges Schuldrechtsinstitut gepreßt werden können. Die Kausalverhältnisse sind im Schuldrecht jedoch nicht abschließend behandelt. Daneben sind weitere causae denkbar ²⁾.

Angesichts der starken Einflüsse der familienrechtlichen Beziehungen zwischen Ehegatten, die sich auf die Zuwendung zum gemeinsamen Hausbau auswirken, liegt es nahe, ein familienrechtliches Rechtsgeschäft als Rechtsgrund der Zuwendung zu prüfen.

II. Voraussetzungen einer familienrechtlichen causa

Eine familienrechtliche causa setzt zunächst voraus, daß die allgemeinen Voraussetzungen, die für das Vorliegen einer causa zwingend sind, dargestellt

1) Ebenso Henrich, FamRZ 1975, 533, 537.

2) Enneccerus-Nipperdey, § 148 I 3, S. 916; Flume, Das Rechtsgeschäft, § 12 I 1, S. 155.

werden. Im Anschluß ist zu prüfen, ob den unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten eine causa aus dem Familienrecht zugrunde liegt.

1. Definition der causa

Der Rechtsgrund einer Zuwendung ist nach allgemeiner Ansicht der Grund, der die Zuwendung als rechtens rechtfertigt ¹⁾ und die Bereicherungsansprüche ausschließt.

Dieser Rechtsgrund kann ein Verpflichtungsgeschäft sein, wenn die Leistung etwa zum Zwecke der Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung erbracht wurde. In einer Reihe von Fällen ²⁾ wird jedoch deutlich, daß als Rechtsgrund einer Zuwendung nicht nur ein Verpflichtungsgeschäft in Betracht kommt. So genügt als causa einer Leistung auch eine Gefälligkeit sowie die Erfüllung einer Anstandspflicht, soweit diese nicht nur Motiv der Leistung ist ³⁾. Die Rechtsprechung ⁴⁾ hat sogar die bestehende Ehe als solche als Rechtsgrund einer Zuwendung anerkannt. Damit auch Zuwendungen, denen kein Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegt, mit Rechtsgrund erfolgt sein können, ist als causa die mit der Zuwendung getroffene Zweckvereinbarung ⁵⁾ der Parteien anzusehen. Welchen Zweck die Parteien zur causa der Zuwendung erhoben haben, hängt allein von ihrem Willen ab. Der vereinbarte Zweck darf nur nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen.

1) Vgl. Brox, AT, Rdnr. 111; Flume, Das Rechtsgeschäft, § 12 I 1, S. 152.

2) Vgl. die bei Ehmann, NJW 1969, 398 f. aufgeführten Beispiele aus der Rechtsprechung.

3) RG, JW 1917, 103 Nr. 5; Palandt-Thomas, § 812 Anm. 6 A.

4) BGH, FamRZ 1968, 23 f.; zust. Palandt-Thomas, § 812 Anm. 6 A.

5) RG, JW 1917, 103 Nr. 5; BGHZ 50, 227; Enneccerus-Nipperdey, § 148 I 3, S. 916; Ehmann, NJW 1969, 398, 400; Esser, Schuldrecht BT, Bd. 2, § 101 II, S. 340 ff.; Lehmann-Hübner, § 25 III 1 d, S. 158.

Westermann ¹⁾ ergänzt diesen causa-Begriff noch dahin, daß in Ermangelung eindeutiger Vereinbarungen der Rechtsgrund nach der typischen Bedeutung einer Vermögenszuwendung der konkreten Art für das wirtschaftliche Gesamtgeschäft zu bestimmen ist.

Von der rechtsgeschäftlich bedeutsamen causa einer Zuwendung ist das rechtlich unbeachtliche Motiv zu unterscheiden ²⁾. Die Abgrenzung causa/Motiv ist nicht immer einfach zu treffen, weil auch die causa letztlich ein Beweggrund der Zuwendung ist.

Die Literatur ³⁾ grenzt die causa vom Motiv teilweise so ab, daß die causa der erste, unmittelbare Zweck der Zuwendung ist. Bei dem Motiv handele es sich um die hinter diesem Zweck liegenden weiteren rein persönlichen Absichten des Zuwenders. Als weiteres Kriterium ist der Wille der Parteien zu berücksichtigen. Danach ist ein Beweggrund zugleich causa der Zuwendung, wenn nach dem ausdrücklich oder konkludent erklärten Willen der Parteien dieser Beweggrund als wesentlich für die Leistung anerkannt und vereinbart worden ist ⁴⁾. Wie bereits dargestellt ⁵⁾, besteht gerade bei unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten die Schwierigkeit, daß der Zweck und die Beweggründe der Zuwendung nicht ausdrücklich ausgewiesen sind. Die causa kann in diesem Fall nur ermittelt werden, wenn man die Umstände der Zuwendung berücksichtigt. So können das äußere Verhalten der Parteien und ihre Interessenlage Rückschlüsse auf den stillschweigend vereinbarten Zweck der Zuwendung

-
- 1) H.P. Westermann, causa im französischen und deutschen Zivilrecht, S. 80.
 - 2) Vgl. Mudgan, Bd. II, S. 1174; Flume, Das Rechtsgeschäft, § 12 I 5, S. 158.
 - 3) Lehmann-Hübner, § 25 III 2, S. 159; v. Tuhr, Bd. II, 2. Hälfte, § 72 II 3 S. 79.
 - 4) H.P. Westermann, causa im französischen und deutschen Zivilrecht, S. 100.
 - 5) Vgl. S. 47 f.

zulassen.

Nachdem die zwingenden Voraussetzungen für das Vorliegen einer causa dargestellt worden sind, kann nunmehr geprüft werden, ob den unbenannten Zuwendungen eine familienrechtliche causa zugrunde liegt.

2. Familienrechtliche causa als Rechtsgrund unbenannter Zuwendungen

a) Eheleiche Lebensgemeinschaft

Der VII. Zivilsenat des BGH ¹⁾ nahm in seinem Urteil vom 5. Oktober 1967 die eheliche Lebensgemeinschaft als Rechtsgrund einer Geldzuwendung an, die der Ehemann seiner Frau zum Bau eines Hauses auf ihrem Grundstück gemacht hatte. Eine genaue Begründung ist dem veröffentlichten Urteil nicht zu entnehmen. In der Literatur ²⁾ ist diese Entscheidung auf Kritik gestoßen. Die eheliche Lebensgemeinschaft als solche könne nur Rechtsgrund für die Leistungen sein, zu denen die Ehegatten gerade aufgrund der Ehe verpflichtet seien. Dies sei bei Geld- oder Grundstückszuwendungen zum gemeinsamen Hausbau nicht der Fall. Die Ehe komme allenfalls als Motiv der Zuwendung in Betracht, sie sage aber nichts über das der Zuwendung unmittelbar zugrunde liegende Rechtsgeschäft aus. Dieser Kritik scheint sich auch der BGH nicht verschlossen zu haben, denn er hat die eheliche Lebensgemeinschaft in den späteren Entscheidungen vom 03.12.1975 ³⁾ und 27.04.1977 ⁴⁾ nicht mehr als causa herangezogen.

Zwar gehört es zur Unterhaltungspflicht der Ehegatten, für eine dem Lebensstandard beider Ehegatten angemessene Wohnung zu sorgen und dafür die entsprechen-

1) BGH, FamRZ 1968, 23 f.

2) Deubner, FamRZ 1968, 351; Gernhuber, Familienrecht, § 19 V, S. 208 ff; Henrich, FamRZ 1975, 533, 536; Kühne, FamRZ 1968, 356 ff; 1969, 371 ff; Lieb, S.120.

3) BGHZ 65, 320 ff.

4) BGHZ 68, 299 ff.

den Mittel bereitzustellen ¹⁾. Unter Umständen kann wegen des Lebenszuschnitts der Familie nur die Beschaffung eines Eigenheims den angemessenen Wohnbedarf erfüllen ²⁾. Dies führt aber nicht dazu, daß die eheliche Lebensgemeinschaft als solche die Verpflichtung begründet, dem Ehepartner Geldmittel zum Bau des Hauses auf seinem Grundstück zuzuwenden oder das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen. Die Eigentumsverhältnisse an der Wohnung spielen bei der Erfüllung der Unterhaltungspflicht keine Rolle. Darüber hinaus ist weder aus den äußeren Umständen noch aus der Interessenlage der Eheleute ersichtlich, daß diese anlässlich der Zuwendung rechtsgeschäftlich vereinbart haben, die eheliche Lebensgemeinschaft als solche sei der Zweck der Zuwendung. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die Ehe lediglich der nicht ausdrücklich erwähnte Anlaß - ein Motiv - der Zuwendung war. Diesen Anlaß haben die Parteien nicht zur causa der Zuwendung erhoben. Es bleibt jedoch im folgenden zu untersuchen, ob die Eheleute mit der Zuwendung zumindest eine Absprache getroffen haben, die den Inhalt der ehelichen Lebensgemeinschaft konkretisiert und als causa der Vermögensübertragung in Frage kommt.

b) Familienrechtliche causa der Vermögensbeteiligung an dem in der Ehe erwirtschafteten Vermögen

Als weiterer Gesichtspunkt zur Ermittlung der causa ist zu bedenken, daß im Laufe der Ehe zumeist nur der Ehemann in der Lage ist, ein gewisses Vermögen zu erwerben. Daher könnte es zumindest in einer guten Ehe nahe liegen, daß die Ehegatten die Beteiligung an dem in der Ehe erwirtschafteten Vermögen zur causa erhoben haben.

1) Palandt-Diederichsen, § 1360 a Anm. 2 a.

2) Lieb, S. 120.

Die Prüfung einer familienrechtlichen causa bei unbenannten Zuwendungen macht es mangels ausdrücklicher Abreden erforderlich, den Rechtsgrund der Zuwendung anhand der von Westermann¹⁾ aufgestellten Kriterien zu ermitteln. Danach ist "in Ermangelung eindeutiger Abreden nach der typischen Bedeutung einer Vermögenszuwendung der konkreten Art für das wirtschaftliche Gesamtgeschäft"²⁾ zu fragen. Die äußeren Umstände der Vermögensübertragung und die Interessenlage der Parteien lassen möglicherweise Rückschlüsse auf den objektiven Erklärungswert des Verhaltens der Parteien zu³⁾.

aa) Typische Vermögensverhältnisse

Die Vermögenssituation in den meisten Ehen ist dadurch gekennzeichnet, daß nur der Ehemann als Erwerbstätiger in der Lage ist, infolge seiner Einkünfte ein Vermögen zu bilden. Die Hausfrau hat dagegen keine Möglichkeit zu eigenem Vermögenserwerb. Selbst wenn die Ehefrau berufstätig ist, bleibt zu bedenken, daß sie in zahlreichen Fällen wegen der zusätzlichen Haushaltsführung nur halbtags⁴⁾ arbeitet und schon aus diesem Grunde erheblich geringere Einkünfte als ihr Ehemann erzielt. Aus güterrechtlicher Sicht führt dies dazu, daß bei Gütertrennung und im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lediglich der Ehemann Vermögen erwirbt und dessen Alleineigentümer wird, während die Frau vermögenslos bleibt. Diese güterrechtliche Lage weicht erheblich von den Vorstellungen der Eheleute hinsichtlich ihrer Beteiligung am ehelichen Vermögen ab.

- 1) H.P. Westermann, causa im französischen und deutschen Zivilrecht, S. 78 ff.
- 2) H.P. Westermann, causa im französischen und deutschen Zivilrecht, S. 80.
- 3) Vgl. H.P. Westermann, causa im französischen und deutschen Zivilrecht, S. 100.
- 4) Aus den Informationen in RdA 1979, 47 ergibt sich, daß im Juni 1977, 17,8 % der sozialversicherungspflichtigen beschäftigten Arbeitnehmerinnen als Teilzeiterkräfte tätig waren. Der Anteil der teilzeit-

Bei den Eheleuten herrscht die weit verbreitete Vorstellung, in einer Art Gütergemeinschaft zu leben. Diese Ansicht wird im Alltag dadurch bestärkt, daß bei größeren Vermögensgeschäften zumeist die Zustimmung beider Ehegatten eingeholt wird ¹⁾ und selbst beim Verkauf von vergleichsweise geringwertigen Haushaltsgegenständen gem. § 1369 beide Ehegatten einwilligen müssen. Zudem ist die intakte Ehe sowohl objektiv als auch subjektiv nach dem Empfinden der Eheleute die engste und umfassendste Lebens- und Schicksalsgemeinschaft, die es gibt. Die daraus entspringenden Beziehungen beeinflussen die Vorstellung der Eheleute von den gegenseitigen Vermögensverhältnissen. Schließlich wirkt sich auch der Gedanke der Gleichberechtigung auf die Vermögensbeziehungen der Eheleute aus. Im Bewußtsein der Eheleute, die in einer Hausfrauenehe leben, herrscht vielfach die Vorstellung, daß in einer arbeitsteiligen Ehe die Leistung der Hausfrau insbesondere wegen der mit der Hausarbeit verbundenen Nachteile ²⁾ als gleichwertig mit der Arbeit des Mannes anzusehen ist und die Frau daher Anspruch auf eine gleichberechtigte Stellung hat. Dies führt im Ehealltag dazu, daß die Ehegatten übliche Erwerbsgeschäfte nicht als Individuen, sondern als Sozialwesen als Gemeinschaft tätigen ³⁾. Nach der Vorstellung der Ehegatten heißt es daher nicht: "Ich schaffe an", sondern "Wir schaffen uns an" ⁴⁾. So soll sich die Ehegemeinschaft nach dem Willen der Eheleute auch hinsichtlich ihres Vermögens als Gemeinschaft real widerspiegeln. Die Überzeugung von der Gleichwertigkeit der Beiträge zur ehelichen

beschäftigten Frauen nahm im Vergleich zur Vollbeschäftigung mit steigendem Alter zu; vgl. auch Bericht der Bundesregierung, BT-Drucks. V 909, S. 58 ff.

1) Vgl. Lehmann-Henrich, § 13 III 1, S. 94; Sauer, Diss. 1968, S. 107.

2) Vgl. S. 90 ff.

3) Vgl. Bosch, FamRZ 1954, 153 f.

4) So Fahr, S. 114; Bosch, FamRZ 1954, 149, 153 ff.

Lebensgemeinschaft und das Gerechtigkeitsempfinden führen dazu, daß die Ehepartner tatsächlich die Gütergemeinschaft praktizieren.

Solange es sich um Erwerbsgeschäfte des täglichen Lebens handelt, wird die Vorstellung, in Gütergemeinschaft zu leben, nicht in Frage gestellt. Falls die Ehegatten aber zum Zwecke des gemeinsamen Hausbaus ein vorhandenes Grundstück bebauen oder erwerben wollen, werden sie spätestens durch die Beratung bei den Banken, dem beurkundenden Notar oder nur durch die Grundbucheintragung erfahren, daß der gesetzliche Güterstand entgegen der eigenen Vorstellung vom Prinzip der Gütertrennung ausgeht. Die Eheleute erkennen, daß ihre bisher gelebte Gütergemeinschaft mit der rechtlichen Wirkung des gesetzlichen Güterstands nicht übereinstimmt.

Die güterrechtliche Regelung kann im Einzelfall aber den Anforderungen der Ehegatten widersprechen, die sie an eine gute und in Vermögensdingen an der Gleichberechtigung orientierte Ehe stellen. Zwar erfolgt bei der Zugewinnngemeinschaft ein Vermögensausgleich zum Zeitpunkt der Beendigung des Güterstands (§ 1363 Abs. 2 Satz 2). In einer harmonischen Ehe werden die Partner regelmäßig davon ausgehen, daß der Güterstand erst mit dem Tode eines Ehegatten endet ¹⁾ und dann gem. § 1371 Abs. 1 ein pauschaler Ausgleich erfolgt.

Diese gesetzliche Regelung stellt die Eheleute jedoch nicht zufrieden, weil die Vermögensbeteiligung als Zeichen der Solidarität unter ihnen zu spät und nur unvollkommen erfolgt. Deshalb ist aus den Umständen und der Interessenlage der Parteien zu ent-

1) An eine Scheidung als Beendigungsgrund des Güterstands werden die Eheleute bei intakter Ehe nicht denken.

nehmen, daß die Beteiligung am Vermögen des Ehepartners ein Ausdruck der Gleichberechtigung und der Gleichwertigkeit der Hausfrau darstellt ¹⁾. Um dem Ziel der gleichwertigen Vermögensbeteiligung schon während der Ehe näher zu kommen, wendet der Ehemann seiner Frau bereits im Verlaufe der Ehe einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück oder die finanziellen Mittel zum Hausbau zu. Da solche Zuwendungen für den Ehemann ein erhebliches Vermögensopfer bedeuten, behandeln die Anrechnungsregeln (§§ 1374 II, 1380) des gesetzlichen Güterstands solche wertvollen Zuwendungen als vorweggenommenen Zugewinnausgleich. Der Empfänger muß sich nämlich den Wert der bereits während der Ehe gemachten Zuwendung gem. § 1380 Abs. 1 Satz 2 auf seine Ausgleichsforderung anrechnen lassen. Auch wenn die Eheleute die gesetzliche Anrechnungsbestimmung nicht kennen, widerspricht diese nicht dem Willen der Parteien, weil die Zuwendung nach der Vorstellung der Eheleute nur die vorzeitige Verwirklichung der vom Gesetz gewollten Vermögensbeteiligung zum Ende des Güterstands ist. Die allgemeine Vorstellung, in einer Gütergemeinschaft ²⁾ zu leben und der bei den Ehegatten herrschende Gedanke: "Was Dein ist, ist Mein", führen somit zu dem Ergebnis, daß sich nach dem objektiven Erklärungswert des Verhaltens der Ehegatten die Vermögensbeteiligung beim gesetzlichen Güterstand als vorweggenommener Zugewinnausgleich darstellt ³⁾.

bb) Atypische Zuwendungen

Der Ehemann wendet seiner Ehefrau mitunter auch das gesamte Grundstück zu, oder er bezahlt vollständig den Bau eines Hauses ohne irgendeine finanzielle

1) BGH, FamRZ 1982, 246 ff.

2) Vgl. v.Godin, MDR 1966, 722 f; Fahr, S. 114; Bosch, FamRZ 1954, 149, 153 ff.

3) Vgl. Bosch, FS Beitzke, S. 121, 137; Massfeller-Reinicke, § 1380 Anm. 1.

Gegenleistung.

Es ist selbstverständlich denkbar, daß die Eheleute, wie bereits bei den benannten Zuwendungen ¹⁾ darstellt, entweder die Erbfolge vorwegnehmen wollten ²⁾ oder den Schutz des Grundstücks vor dem Zugriff der Gläubiger ³⁾ bezweckten. Eine solche "Totalzuwendung" mag auch ein starkes Indiz für die Vereinbarung eines derartigen Zweckes sein.

Dennoch hat die Erörterung dieser Motive bei den benannten Zuwendungen ⁴⁾ gezeigt, daß dann eindeutige, klar erkennbare Absprachen der Parteien über den Zweck der Zuwendung vorliegen müssen. Bei den unbenannten Zuwendungen sind jedoch gerade keine klar erkennbaren Absprachen vorhanden ⁵⁾, die den Schluß zulassen, daß der Zuwender mit der Vermögenshingebe eine vorweggenommene Erbfolge oder den Schutz des Grundstücks vor dem Gläubigerzugriff bezweckte. Lediglich das Band der Ehe und die Tatsache des gemeinsamen Hausbaus als Beitrag zur Ausfüllung der ehelichen Lebensgemeinschaft lassen Rückschlüsse auf die causa der Zuwendung zu.

Daher ist auch bei einer "Totalzuwendung", die unter Umständen das ganze Vermögen des Zuwenders ausmacht, die causa im Familienrecht zu suchen.

Der objektive Erklärungswert des Verhaltens der Parteien legt es nahe, daß als familienrechtliche causa ebenfalls die Vereinbarung zugrunde liegt, den Ehepartner am ehelichen Vermögen zu beteiligen. Zwar kann in diesem Fall zumindest zum Zeitpunkt der Zuwendung nicht mehr von einer bloßen Beteiligung am Vermögen des Ehemanns gesprochen werden, bei der jeder Ehegatte einen gleichwertigen Vermögensanteil erhält. Dennoch kann es sich bei dieser "Totalzuwendung" um eine Art Vorschuß auf das noch in Zu-

1) Vgl. S. 50, 20 ff.

2) Vgl. S. 19 ff.

3) Vgl. S. 38 ff.

4) Vgl. S. 19 f, 38 ff.

5) Vgl. S. 5 f, 48 f.

kunft zu bildende Vermögen des Alleinverdieners handeln. Der berufstätige Ehemann ist selbst nach dem Hausbau durch seinen zukünftigen Verdienst eher in der Lage, Vermögen zu erwerben, auch wenn es sich in Anbetracht der Hypothekenlast um einen geringen Zuwachs handeln kann. Im übrigen ist zu bedenken, daß gerade unter Ehegatten die Äquivalenz zwischen Geben und Nehmen nach allgemein herrschenden Wertvorstellungen nicht stets zur Richtschnur des ehelichen Vermögensrechts gemacht werden kann ¹⁾. Wie bereits dargestellt ²⁾, erfolgen Zuwendungen unter Ehegatten unter anderem als Zeichen ihrer Solidarität. Die Übertragung eines Grundstücks oder die Finanzierung des Hausbaus sind hierzu als Beweis besonders geeignet, weil der Zuwender damit zumeist sein gesamtes Vermögen "opfert". Schließlich ist noch der Fall zu erwähnen, in dem die im Haushalt tätige Ehefrau die Zuwendung zum Hausbau aus ihrem z.B. durch Erbschaft oder vor der Ehe erworbenen Vermögen macht. Das Besondere dieses Falls liegt darin, daß die an sich ausgleichsberechtigte Partnerin ³⁾ die Leistung erbringt und sich dadurch ihre Vermögenslage im Vergleich zum Ehemann noch weiter verschlechtert. Hier kann nicht die Gleichwertigkeit der Vermögensbeteiligung im Vordergrund stehen. Bei einer derartigen Vermögenshingabe wird vielmehr das in der Ehe gewachsene Solidaritätsgefühl und der Wille, durch einen eigenen Beitrag zur Ausfüllung der ehelichen Lebensgemeinschaft beizutragen, der Anlaß der Zuwendung sein.

-
- 1) Battes, Gemeinschaftliches Testament und Ehegatten-erbvertrag, S. 220.
 - 2) Vgl. S. 104 f.
 - 3) Es ist von dem Regelfall auszugehen, daß die nicht-berufstätige Ehefrau keinen oder einen geringeren Zugewinn als der Ehemann erzielt.

So enthält das BGB in Form der Regelungen über den Zugewinnausgleich sowie über die Anrechnung von Zuwendungen eine lückenlose Regelung für den Vermögensausgleich am Ende der Ehe. Wenn die Beteiligten nichts anderes ausdrücklich vereinbart haben, ist davon auszugehen, daß die während der Ehe vollzogenen Zuwendungen den Regeln über den Zugewinnausgleich unterliegen. "Causa" der Zuwendung ist dann einfach das Bestehen der Ehe und des gesetzlichen Güterstands.

Auch wenn sich diese Untersuchung nur mit Zuwendungen zwischen Ehegatten beschäftigt, die im gesetzlichen Güterstand ¹⁾ leben, so muß an dieser Stelle jedoch darauf hingewiesen werden, daß diese causa für den Güterstand der Gütertrennung nicht gelten kann. Da es bei der Gütertrennung gerade in bezug auf die Vermögensverhältnisse an der durch den gesetzlichen Güterstand geschaffenen "Grundverbindung" fehlt, ist die Anwendung von Gesellschaftsrecht wegen der Strukturverwandtschaft zwischen Gesellschaft und Ehe in Betracht zu ziehen.

1) Vgl. S. 2 zur Begrenzung der Untersuchung.

Ergebnis des zweiten Kapitels

Bei unbenannten Zuwendungen fehlt es an klar erkennbaren Abreden der Parteien, die den Schluß auf eine schuldrechtliche causa zulassen.

Die Anwendung des Gesellschaftsrechts scheitert, weil keine Hinweise vorhanden sind, daß die Ehegatten mit der Zuwendung zum gemeinsamen Hausbau einen über die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck vereinbart haben.

Gegen die Annahme eines stillschweigend geschlossenen Auftrags sprechen sowohl der Zeitpunkt des Begehrens nach Rückabwicklung der Zuwendung als auch die für den Auftrag typische, aber der ehelichen Lebensgemeinschaft widersprechende Weisungsgebundenheit.

Auch kann angesichts des Charakters der ehelichen Lebensgemeinschaft und der auf der Gleichberechtigung beruhenden Beziehungen der Eheleute ohne besondere Anhaltspunkte nicht davon ausgegangen werden, daß die Parteien sich über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung geeinigt haben, also eine Schenkung vorlag.

Die mit dem gemeinsamen Hausbau verbundene Schaffung einer dauerhaften Bleibe, die gegenüber dem gesetzlichen Zugewinnausgleich vorweggenommene wirtschaftliche Beteiligung der Ehefrau am Vermögen des Mannes und die Anrechnungsregeln des gesetzlichen Güterstands sprechen bei unbenannten Zuwendungen zum gemeinsamen Hausbau dafür, solche Zuwendungen als Rechtsgeschäfte anzusehen, denen eine familienrechtliche causa zugrunde liegt.

ZWEITER TEIL

Güterrechtliche Auswirkungen der unbenannten Zuwendung bei vorzeitiger Auflösung der Ehe und Bedürfnis nach schuldrechtlicher Rückabwicklung

Zuwendungen zum gemeinsamen Hausbau umfassen in vielen Fällen das gesamte Vermögen des Zuwenders. Solange die Ehe besteht, machen sich die Ehegatten über die Eigentumszuordnung und die Rückforderung von zugewandtem Vermögen keine Gedanken, weil sie die Vorteile des in Zusammenarbeit erbauten Hauses uneingeschränkt genießen können. Erst die vorzeitige Auflösung der Ehe durch Scheidung ¹⁾ weckt beim Zuwender das Bedürfnis, die wertvolle Geld- oder Grundstückszuwendung zurückzuverlangen. Dieses Begehren wird zumeist mit dem Hinweis begründet ²⁾, die Zuwendung sei in der Erwartung erfolgt, durch den Bau des Hauses eine dauerhafte Bleibe für die eigene Familie schaffen zu wollen. Dieses Ziel sei wegen der Scheidung nicht erreicht worden.

Welche vermögensrechtlichen Auswirkungen ehebedingte Zuwendungen nach der Scheidung haben, soll zunächst anhand der güterrechtlichen Vorschriften erörtert werden.

Schon im ersten Teil dieser Arbeit zeigte sich, daß die causa unbenannter Zuwendungen zwischen Ehegatten im Bereich des Familienrechts zu suchen ist. Dieses Ergebnis spricht dafür, auch die güterrechtlichen Regeln als spezielle Rückabwicklungsvorschriften ³⁾ unbenannter Zuwendungen anzusehen, so daß daneben Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder

1) Zur Bedeutung anderweitiger Auflösungsgründe vgl. S. 2 Fn. 1.

2) Vgl. den der Entscheidung in BGH, FamRZ 1968, 23 f zugrundeliegenden Sachverhalt.

3) Dag. insbes. Kühne, JZ 1976, 487 f; ders., FamRZ 1978, 221 f.

wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage ausscheiden. Die Erörterung dieser Streitfrage hat in der Praxis insbesondere deshalb große Bedeutung erlangt, weil die Rückabwicklung nach güterrechtlichen oder schuldrechtlichen Vorschriften zu unterschiedlichen wirtschaftlichen Ergebnissen führen kann. Lediglich zum besseren Verständnis der verschiedenen wirtschaftlichen Auswirkungen soll zunächst die Funktionsweise der Güterrechtsbestimmungen anhand einiger Beispiele dargestellt werden.

Erst im Anschluß wird die Frage zu prüfen sein, ob und ggf. in welchem Umfang schuldrechtliche Vorschriften zur Rückabwicklung unbenannter Zuwendungen anzuwenden sind. Dabei wird noch ausführlich zur These Kühnes¹⁾ Stellung genommen werden, daß die schuldrechtlichen Vorschriften zur Rückabwicklung ehebedingter Zuwendungen Vorrang vor denen des Güterrechts haben.

A. Güterrechtlicher Ausgleich von Grundstücks- oder Geldzuwendungen beim gesetzlichen Güterstand

I. Grundsätzliche Berechnungsmethode des Zugewinn-
ausgleichs bei vorzeitiger Eheauflösung

1. Die Idee der Zugewinnngemeinschaft

Der gesetzliche Güterstand bezweckt, beide Ehegatten an dem während der Ehe erarbeiteten Vermögen zu beteiligen, weil der Vermögenserwerb auf der vielgestaltigen Zusammenarbeit der Ehegatten beruht oder durch die Funktionsteilung der Ehefrau im Haushalt

1) Kühne, JZ 1976, 487 f; ders., FamRZ 1978, 221 f.

und des Ehemanns im Erwerbsleben gefördert wird ¹⁾. Jeder Ehegatte soll wertmäßig den gleichen Anteil an dem in der Ehe geschaffenen Vermögen erhalten, gleichgültig, in welchem Umfang und in welcher Weise der einzelne zu dem Erwerb beigetragen hat.

Dieser Kern des gesetzlichen Güterstands gilt jedoch nur selten für den Normalfall: Die Eheauflösung durch Tod. Beim Erbfall erhält der Ehegatte als Erbe ohne Rücksicht auf den wirklich erzielten Zugewinn und selbst wenn er bei vorzeitiger Eheauflösung ausgleichspflichtig wäre, gem. § 1371 Abs. 1 neben seinem Erbteil (§ 1931) eine pauschale Erhöhung der Erbquote um ein Viertel der Erbschaft ²⁾. Diese schematische, aus Gründen der Vereinfachung ³⁾ getroffene Regelung braucht jedoch hier nicht weiter erörtert zu werden.

Im folgenden soll kurz erläutert werden, wie der Gesetzgeber die Idee der Zugewinnsgemeinschaft - gleichwertige Vermögensbeteiligung an dem in der Ehe erarbeiteten Vermögen - im Falle der vorzeitigen Eheauflösung durch das Zusammenspiel mehrerer Rechtsnormen verwirklicht hat. Zudem erleichtert die Darstellung der grundsätzlichen Berechnungsmethode das Verständnis für die besonderen Probleme bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs im Falle einer Zuwendung zum gemeinsamen Hausbau.

-
- 1) Vgl. Reg. Entw., BT-Drucks. 2/3409, S. 5; BGH, JZ 1976, 486; Beitzke, § 14, S. 93; Henrich, § 12 I 3, S. 72; Schlüter, § 12 IV, S. 68 f.
 - 2) Vgl. zur Kritik besonders Beitzke, § 14 IV 2, S. 113; Palandt-Diederichsen, Einf. 4 vor § 1363.
 - 3) Die starre Quote des erbrechtlichen Zugewinnausgleichs führt bei großem Vermögen wegen des Erbschaftsteuerrechts zu keiner Vereinfachung, weil gem. § 5 I ErbStG'74 errechnet werden muß, um wieviel der Erbe durch den pauschalen Zugewinnausgleich mehr erhalten hat als er bei güterrechtlicher Lösung erlangt hätte; vgl. im einzelnen Knobbe-Keuk, FS Bosch, S. 503 ff.

2. Berechnungsmodus

Wenn die Zugewinnsgemeinschaft zu Lebzeiten beendet wird, erhält der Ehegatte mit dem geringeren Zugewinn gegenüber dem Partner mit dem größeren Zugewinn einen Anspruch auf Zahlung in Höhe der Hälfte des Überschusses, der sich aus dem Vergleich des jeweiligen Zugewinns beider Eheleute ergibt (§ 1378 Abs. 1). Der in der Ehe erzielte Zugewinn ist bei jedem Ehegatten gesondert festzustellen. Zunächst wird der Wert des Anfangsvermögens zum Zeitpunkt des Eintritts in den gesetzlichen Güterstand (§ 1374) ermittelt. Sodann wird das Endvermögen festgesetzt (§ 1375). Im Falle der Ehescheidung richtet sich der für die Berechnung des Endvermögens maßgebliche Zeitpunkt wegen § 1384 nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags. Hierbei ist als Zugewinn gem. § 1373 der Betrag anzusehen, um den das Endvermögen eines Ehegatten sein Anfangsvermögen übersteigt.

Diese im Grundsatz klare und einfache Regelung birgt in Wahrheit viele Probleme in sich, deren Regelung der Gesetzgeber bis heute versäumt hat.

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Bewertung des Anfangsvermögens, weil hierfür ein Zeitpunkt maßgebend ist, der oft viele Jahre zurückliegt. So ist es möglich, daß bei der Beendigung des Güterstands das Vermögen eines Ehegatten unverändert aus denselben Gegenständen besteht wie bei Eintritt und dennoch der errechnete Wert des Endvermögens größer ist. Dies kann zum einen darauf beruhen, daß die Gegenstände einen echten Wertzuwachs erfahren haben, weil etwa aus einem Ackerland später Bauland geworden ist. Diese reale Erhöhung des Wertes von Vermögensgütern gehört zum Zugewinn ¹⁾.

1) Vgl. BGHZ 46, 343, 354; 61, 385, 388.

Andererseits können Gegenstände lediglich nominell in ihrem Wert gestiegen sein, weil im Laufe der Zeit der Wert des Geldes zwischen Beginn und Ende des Güterstands gesunken ist.

Diese nominelle Werterhöhung führt nur zu einem scheinbaren Zugewinn, denn die Berechnung des Anfangs- und Endvermögens erfolgt nach einem äußerlich gleichen, tatsächlich aber unterschiedlichen Wertmesser: Geld. Das Geld verliert im Laufe der Zeit aber an Kaufkraft.

Nur wenige Stimmen im Schrifttum ¹⁾ befürworten eine uneingeschränkte Berücksichtigung der scheinbaren Zugewinne. Dagegen gewährt die h.M. in der Literatur ²⁾ dem Ausgleichsschuldner im Einzelfall ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 1381.

Der BGH hat mit teilweiser Zustimmung in der Literatur entschieden, daß scheinbare Zugewinne generell nicht ausgleichspflichtig sind ³⁾. Der Entwertungsgewinn soll dadurch ausgeschaltet werden, daß das Anfangsvermögen in den Geldwert des Endvermögens umgerechnet wird ⁴⁾. Die Berechnung richtet sich nach dem vom Statistischen Bundesamt festgestellten Lebenshaltungsindex. Auf diese Weise wird der errechnete nominelle Wert des Anfangsvermögens dem tatsächlichen Wert zum Zeitpunkt der Beendigung des Güterstands angepaßt.

Die Kritiker ⁵⁾ wenden gegen die Berechnungsmethode des BGH ein, daß der Lebenshaltungsindex nicht die

1) Breetzke, FamRZ 1959, 445 f; Büttner, RdL 1958, 1,3; von Godin, MDR 1966, 722 f; Stuby, FamRZ 1967, 181, 185 ff.

2) Erman-Heckelmann, § 1376 Rdnr. 3; Massfeller, DB 1957, 525; Reinicke, BB 1957, 759, 763; Soergel-Lange, § 1376 Rdnr. 9.

3) BGHZ 61, 385, 389; vgl. ebenso OLG Hamm, FamRZ 1973, 654 ff; Merkert, DB 1974, 496; BGB-RGRK-Finke, § 1376 Rdnr. 17 ff, 24; Mü-Ko-Gernhuber, § 1374 Rdnr. 12; Schlüter, § 12 IV 1 c, S. 107.

4) Vgl. zur Berechnungsformel BGHZ 61, 385, 393.

5) Vor allem Erman-Heckelmann, § 1376 Rdnr. 3 m.w.N..

langlebigen Anlagegüter berücksichtige und nur die Entwicklung in der Bundesrepublik widerspiegele. Auslandswerte finden danach keine Berücksichtigung. Trotz dieser berechtigten Kritik ist der Lösung des BGH gegenüber den anderen dargestellten Vorschlägen der Vorzug zu geben. Die Praktikabilität und vor allem die Rechtssicherheit überwiegen die Nachteile der Berechnungsmethode der Rechtsprechung. Die teilweise in der Literatur befürwortete Anwendung des § 1381 würde die Rechtssicherheit erheblich vernachlässigen, wenn eine für den Einzelfall bestehende Billigkeitsklausel zur Lösung eines generellen Problems herangezogen wird.

Die Orientierung am Lebenshaltungsindex ermöglicht zumindest vertretbare Ergebnisse, die besonders im Falle der Berücksichtigung scheinbarer Zugewinne nicht gewährleistet sind ¹⁾.

Im Rahmen dieser Arbeit werden jedoch beim Anfangs- und Endvermögen aus Gründen der Klarheit gleiche Wertverhältnisse unterstellt. Dies hat auf die Beurteilung der zu besprechenden Probleme keinen Einfluß.

II. Besonderheiten bei der Berechnung des Zugewinn- ausgleichs im Falle einer Zuwendung zum gemein- samen Hausbau

1. Anrechnung der Zuwendung auf die Ausgleichsforderung nach § 1380 Abs. 1

Bei Zuwendungen zum gemeinsamen Hausbau handelt es sich um Transaktionen, die den Wert üblicher Gelegenheitsgeschenke bei weitem übersteigen. Wenn der Zu-

1) So gibt Büttner, RdL 1958, 1, 3 zu, daß es sich bei der uneingeschränkten Berücksichtigung des scheinbaren Zugewinns um keine gerechte Lösung handelt.

wender gem. § 1380 Abs. 1 Satz 1 keine Bestimmung¹⁾ über die Anrechnung getroffen hat²⁾, ist nach dem Wortlaut des § 1380 Abs. 1 Satz 2 bei solch wertvollen Zuwendungen im Zweifel anzunehmen, daß ihr Wert auf die Ausgleichsforderung des Empfängers angerechnet werden soll. Die Beweislast einer anderweitigen Vereinbarung trägt der Ehegatte, der eine solche behauptet³⁾.

Der Anlaß für diese Sonderregelung ist die Vorstellung, daß solche Zuwendungen regelmäßig aus den Ersparnissen des Zuwenders gemacht werden und es sich dabei wirtschaftlich gesehen bereits um einen vorweggenommenen Zugewinnausgleich zugunsten des nicht-erwerbstätigen Ehegatten handelt⁴⁾.

Es käme ohne die Vorschrift des § 1380 Abs. 1 zu unbilligen Ergebnissen, wenn trotz dieser Zuwendung dem ausgleichsberechtigten Ehegatten die Hälfte des Mehrgewinns ungeschmälert zuflösse. Der Empfänger der Leistung würde nämlich besser gestellt als er bei normalem Zugewinnausgleich stünde. Dies soll an einem Beispiel verdeutlicht werden.

Beispiel 1: Anfangsvermögen beider Ehegatten gleich null. Der Ehemann hat während der Ehe 100 000,- DM gespart, während die Ehefrau aufgrund ihrer Tätigkeit im Haushalt kein Vermögen hat. In diesem Fall hat die Frau einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 50 000,- DM.

Hat aber der Ehemann von seinem Zugewinn seiner Frau 40 000,- DM geschenkt, verringert sich sein effektiver

-
- 1) Vor und bei der Zuwendung handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürfte Willenserklärung; nach der Zuwendung müssen beide Ehegatten die Anrechnung vereinbaren, vgl. Palandt-Diederichsen, § 1380, Anm. 2.
 - 2) Das ist bei unbenannten Zuwendungen regelmäßig der Fall.
 - 3) Mü-Ko-Gernhuber, § 1380 Rdnr. 8.
 - 4) Soergel-Lange, § 1380 Rdnr. 2; Dölle, Bd. I, § 61 VII 1, S. 821; Mü-Ko-Gernhuber, § 1380 Rdnr. 1.

Zugewinn auf 60 000,- DM. Die Ehefrau hat rechnerisch keinen Zugewinn erzielt, weil das Geldgeschenk gem. § 1374 Abs. 2 ihrem Anfangsvermögen hinzugerechnet wird. Gäbe es die Vorschrift des § 1380 nicht, könnte die Ehefrau noch 30 000,- DM als Zugewinnausgleich verlangen. Rechnet man die tatsächlich erlangten 40 000,- DM hinzu, hätte die Frau effektiv 70 000,- DM bekommen. Sie stünde sich um 20 000,- DM besser als beim Zugewinnausgleich ohne Vorausempfang. Ein solches Ergebnis widerspricht aber dem Grundgedanken des Zugewinnausgleichs, daß die Ehegatten an dem während der Ehe erzielten Vermögen gleichmäßigen Anteil haben sollen. Durch die Vorschrift des § 1380 erhält die ausgleichsberechtigte Ehefrau tatsächlich aber nur soviel, wie sie ohne vorzeitige Zuwendung bekommen hätte. Gemäß § 1380 Abs. 2 wird der Wert der Zuwendung dem Zugewinn des Zuwenders zugerechnet, so daß die Ehefrau an sich wieder einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 50 000,- DM hat. Auf diesen Anspruch muß sie sich gem. § 1380 Abs. 1 die bereits zugewandten 40 000,- DM anrechnen lassen, so daß sie letztlich noch einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 10 000,- DM hat. Das Gesamtvermögen der Ehefrau beläuft sich somit wie beim Zugewinnausgleich ohne Vorausempfang auf 10 000,- DM plus 40 000,- DM = 50 000,- DM.

Ein Vergleich des Wortlauts von § 1374 Abs. 2 mit § 1380 ergibt, daß die Anrechnung der Zuwendung nach § 1380 Abs. 1 nicht voraussetzt, daß es sich um eine Schenkung handelt.

Während § 1374 Abs. 2 ausdrücklich von Schenkungen spricht, erfolgt die Anrechnung von Vorausempfängen nach dem Wortlaut des § 1380 Abs. 1 schon bei Zuwendungen, die den Wert von Gelegenheitsgeschenken übersteigen.

Die h.M. ¹⁾ verlangt allerdings, daß die anrechnungspflichtige Zuwendung unentgeltlich erbracht worden ist. Dazu zählen Leistungen mit Versorgungszweck wie beispielsweise eine Lebensversicherung oder Wertpapiere ²⁾. Aber auch unbenannte Zuwendungen zum gemeinsamen Hausbau, denen eine familienrechtliche causa ³⁾ zugrunde liegt, werden bei der Anwendung des § 1380 trotz der Leistung der Frau im Haushalt als unentgeltlich behandelt. Denn die Hausarbeit ist keine konkrete, als Rechenfaktor darstellbare Gegenleistung, die bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs wie bei gewöhnlichen Austauschgeschäften zur Neutralisierung von Leistung und Gegenleistung führt und deshalb die Anrechnungsvorschrift des § 1380 Abs. 1 überflüssig macht.

Damit der Zuwendungsempfänger aber nicht durch die Anrechnung von Vorausempfängen auf den Ausgleichsanspruch benachteiligt wird, sind die anrechnungspflichtigen Vorausempfänge rechnerisch gem. § 1374 Abs. 2 zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs dem Endvermögen des Empfängers zuzurechnen. Welche Auswirkungen dies hat, soll im folgenden Abschnitt dargestellt werden.

-
- 1) Mü-Ko-Gernhuber, § 1380 Rdnr. 9, 14; Palandt-Diederichsen, § 1380 Anm. 2; Staudinger-Thiele, § 1380 Rdnr. 7; Soergel-Lange, § 1380 Anm. 7; Dölle, Bd. I, § 61 VII 2 b, S. 822; a.A. noch Staudinger-Felgenträger, 10./11. Aufl., § 1380 Rdnr. 7; Erman-Heckelmann, § 1380 Rdnr. 6, der den Wert der Gegenleistung von der anrechnungspflichtigen Zuwendung abzieht.
 - 2) Mü-Ko-Gernhuber, § 1380 Rdnr. 14; Staudinger-Thiele, § 1380 Rdnr. 8.
 - 3) Staudinger-Thiele, § 1380 Rdnr. 8.

2. Neutralisierung des anrechnungspflichtigen Voraus-
empfangs gem. § 1374 Abs. 2 beim Leistungsempfänger

Soweit die Zuwendung zwischen Ehegatten eine Schenkung ist, wird diese gem. § 1374 Abs. 2 dem Anfangsvermögen des Empfängers hinzugerechnet. Dies hat zur Folge, daß die Zuwendung den Zugewinn des Empfängers nicht erhöht und somit die Höhe der Ausgleichsforderung unberührt bleibt. Bei unbenannten Zuwendungen zum gemeinsamen Hausbau handelt es sich jedoch wegen der fehlenden Einigung über die Unentgeltlichkeit der Leistung nicht um eine Schenkung ¹⁾. Es fragt sich, ob trotz des eindeutigen Gesetzeswortlauts von § 1374 Abs. 2 diese Zuwendungen dennoch zum Anfangsvermögen des Empfängers zu addieren sind.

Die nahezu einhellige Rechtsprechung ²⁾ und die h.M. in der Literatur ³⁾ wenden § 1374 Abs. 2 auch auf solche Zuwendungen an, die wie unbenannte Zuwendungen, keine echten Schenkungen sind.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen, weil sich andernfalls der Empfänger der Leistung aus der Zusammenschau von § 1380 Abs. 1 Satz 2 und § 1374 Abs. 2 schlechter stünde, als dies bei unterbliebener Zuwendung der Fall wäre.

Ein weiteres Beispiel ⁴⁾ soll dies belegen:

Beispiel 2: Beide Eheleute haben kein Anfangsvermögen. Der Ehemann erwirbt während der Ehe 40 000,- DM, während seine Frau keinen Zugewinn erzielt. Danach hat die Frau einen Ausgleichsanspruch von 20 000,- DM.

1) Vgl. S. 84 ff.

2) BGHZ 65, 320, 323; 68, 299, 302; OLG Schleswig in FamRZ 1978, 247 f; a.A. neuerdings der IX. ZS in BGH FamRZ 1982, 246 ff.

3) BGB-RGRK-Finke, § 1380 Anm. 10; Staudinger-Thiele, § 1380 Rdnr. 24; Bosch, FS Beitzke, S. 121, 137; Henrich, FamRZ 1975, 533, 537 zufolge analog; Johannsen, WM 1978, 655, 664; Lieb, S. 128; Olshausen, FamRZ 1978, 757 f; a.A. noch Staudinger-Felgentröger, 10./11. Aufl., § 1380 Rdnr. 31; Kühne, JR 1982, 237, 239.

4) Beispiel nach Lieb, S. 128.

Falls der Ehemann seiner Frau vorzeitig 10 000,- DM zugewandt (nicht geschenkt!) hat, so beträgt bei Nichtanwendung des § 1374 Abs. 2 der Zugewinn der Frau 10 000,- DM. Der Zugewinn des Ehemanns beläuft sich trotz der Zuwendung weiterhin auf 40 000,- DM, weil gem. § 1380 Abs. 2 der Wert der Zuwendung dem verbliebenen Zugewinn des Ehemanns hinzugerechnet wird.

Der Ausgleichsanspruch der Ehefrau beträgt nunmehr (40 000,- DM minus 10 000,- DM) geteilt durch zwei = 15 000,- DM. Hierauf muß sie sich gem. § 1380 Abs. 1 die bereits erhaltenen 10 000,- DM anrechnen lassen, so daß sie noch eine Forderung von 5 000,- DM hat. Insgesamt stehen der Ehefrau so nur 15 000,- DM gegenüber 20 000,- DM im Falle der unterbliebenen Zuwendung zu.

Dieses Beispiel verdeutlicht, daß zur Erzielung gerechter Ergebnisse § 1374 Abs. 2 auch auf Zuwendungen, die keine Schenkungen sind, anzuwenden ist.

Neuerdings wird auch vorgeschlagen, Zuwendungen im Rahmen des § 1380 weder dem Anfangs- noch dem Endvermögen des Empfängers zuzuschlagen ¹⁾. Da bei dieser Berechnungsmethode die Zuwendung ebenso wie bei der Anwendung von § 1374 Abs. 2 neutralisiert wird, kommen die Vertreter dieser Ansicht in den Fällen, in denen der Wert der Zuwendung hinter der Ausgleichsschuld des Zuwendenden, die ihn ohne die Zuwendung träfe, zurückbleibt, zum gleichen Ergebnis wie die Rechtsprechung und die h.M. in der Literatur.

1) Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, Rdnr. 786; Gernhuber, Familienrecht, § 36 VII 2, S. 515.

Für die Berechnungsmethode der h.M. spricht jedoch, daß entsprechend der natürlichen Betrachtungsweise der Wert der Zuwendung im Endvermögen des Empfängers erscheint. Zudem hat der Gesetzgeber in § 1374 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt, daß zumindest Schenkungen dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen sind. Darüber hinaus ist auch die von Schwab vorgeschlagene Berechnungsmethode nicht in der Lage, in allen Fällen einen gerechten Vermögensausgleich herbeizuführen ¹⁾.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß sich im Falle des Zugewinnausgleichs vorzeitige Zuwendungen rechnerisch so auswirken, als befände sich das zugewandte Vermögen noch beim Zuwender.

Dies geschieht bei einer bereits erfolgten Zuwendung dadurch, daß die faktischen Auswirkungen der Vermögensübertragung auf die beiderseitigen Zugewinne aufgrund der §§ 1374 Abs. 2, 1380 Abs. 2, rückgängig gemacht werden und der Empfänger sich den Wert der tatsächlich erhaltenen Zuwendung auf seinen Ausgleichsanspruch gem. § 1380 Abs. 1 anrechnen lassen muß. Auf diese Weise erhält er nicht mehr, als ihm als Zugewinnausgleichsanspruch zustehen würde ²⁾, wenn die Zuwendung nicht erfolgt wäre und der betreffende Vermögensgegenstand noch zum Endvermögen des ausgleichspflichtigen Ehegatten gehörte. Somit verwirklicht sich auch bei vorzeitigen Zuwendungen der Grundgedanke des gesetzlichen Güterstandes, daß der ausgleichsberechtigten Ehegatte an dem Zugewinnüberschuß des anderen zur Hälfte beteiligt werden soll. Dagegen sehen die Vorschriften über den Zugewinnausgleich

1) Näheres auf S. 131 f.

2) BGH, JZ 1976, 486 f.

keine vollständige Rückabwicklung der Zuwendung bei vorzeitiger Eheauflösung vor. Die folgenden Beispiele werden zeigen, daß es Fallgruppen gibt, in denen das Güterrecht zu keinem gleichwertigen Vermögensausgleich führt.

III. Fallgruppen, in denen die Anwendung der §§ 1374

Abs. 2, 1380 zur Benachteiligung eines Ehegatten führt

Dem gesetzlichen Güterstand liegt als Leitbild die Hausfrauenehe zugrunde, in der beide Ehepartner mit geringem Vermögen angefangen haben und der berufstätige Ehemann es im Laufe der Ehe zu mäßigen Wohlstand gebracht hat ¹⁾. Die bereits erwähnten Beispielsfälle ²⁾ gehen von diesem Ehetyp aus. Dort liegen die anrechnungspflichtigen Vorausempfänge jeweils unter dem Wert der an sich bestehenden Ausgleichsforderung. Bei diesen Fällen zeigt sich, daß die Regeln des Zugewinnausgleichs, insbesondere bei vorzeitiger Vermögenszuwendung die §§ 1374 Abs. 2, 1380, zu Ergebnissen führen, die das Prinzip der gleichmäßigen Beteiligung an dem in der Ehe erarbeiteten Vermögen verwirklichen. Dieses Ehemodell trifft jedoch auf mindestens ein Drittel aller Ehen nicht zu ³⁾. In solchen Fällen können die Vorschriften der §§ 1374 Abs. 2, 1380 unter Umständen keinen vollen Vermögensausgleich herbeiführen. Dies soll anhand von zwei Fallgruppen dargestellt werden.

1. Der Wert der Zuwendung übersteigt den Betrag der an sich bestehenden Ausgleichsforderung

Sobald der ausgleichspflichtige Ehegatte seinem Partner eine Zuwendung macht, deren Wert den Betrag

1) Beitzke, § 14 S. 94; Gernhuber, Familienrecht, § 34 I 5; S. 457.

2) Vgl. S. 117 ff.

3) So Beitzke, § 14, S. 94.

der an sich bestehenden Ausgleichsforderung des Empfängers übersteigt, führen die §§ 1374 Abs. 2, 1380 zu keiner gleichwertigen Vermögensbeteiligung mehr. Der Zuwender steht sich vermögensmäßig schlechter, als wenn die Zuwendung nicht erfolgt wäre und der Ehegatte lediglich den güterrechtlichen Ausgleichsanspruch hätte. Zu welchen Benachteiligungen es dann kommen kann, soll ein weiteres Beispiel zeigen.

Beispiel 3: Beide Eheleute besitzen kein Anfangsvermögen. Der Ehemann kann durch seine Erwerbstätigkeit im Laufe der Ehe 100 000,- DM sparen. Die Ehefrau hat während der Ehe zwar ein Grundstück geerbt, darüber hinaus hat sie kein weiteres Vermögen erworben. Der Wert des Grundstücks wird gem. § 1374 Abs. 2 dem Anfangsvermögen hinzugerechnet, so daß sie keinen Zugewinn erzielt hat.

Bei diesem Ausgangsfall hätte die Ehefrau im Falle der vorzeitigen Eheauflösung einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 50 000,- DM. Der während der Ehe erzielte Zugewinn ihres Mannes von 100 000,- DM wird somit gleichmäßig aufgeteilt.

Ein ganz anderes Bild ergibt sich, wenn der Ehemann seine gesamten Ersparnisse seiner Frau zugewandt hat, damit diese auf ihrem Grundstück ein Haus bauen kann. Die Ehefrau verfügt neben dem Grundstück zwar über ein tatsächliches Endvermögen von 100 000,- DM. Wegen der in § 1374 Abs. 2 enthaltenen Regelung ist aber der Wert der Zuwendung dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen ¹⁾, so daß sie rechnerisch keinen Zugewinn erzielt hat. Ihr Ehemann muß sich dagegen gem. § 1380 Abs. 2 die 100 000,- DM als Zugewinn anrechnen lassen ²⁾. Die Ehefrau hat in diesem Beispiel gegen-

1) Vgl. S. 120 f.

2) Anders v. Olshausen, FamRZ 1978, 755, 757, der in solchen Fällen § 1380 Abs. 2 nicht anwenden will, so daß die Zuwendung nicht als Zugewinn des Zuwenders erscheint.

über ihrem Ehepartner einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 50 000,- DM, auf den gem. § 1380 Abs. 1 allerdings die bereits zugewandten 100 000,- DM anzurechnen sind, so daß sie im Ergebnis keinen Zugewinnausgleich verlangen kann. Aber auch der Ehemann, der tatsächlich kein Vermögen besitzt, kann gegenüber seiner wohlhabenden Frau keinen güterrechtlichen Ausgleichsanspruch geltend machen, weil diese wegen der Hinzurechnung der Zuwendung zum Anfangsvermögen (§ 1374 Abs. 2) keinen Zugewinn erzielt hat. Dieses Beispiel zeigt, daß die güterrechtlichen Regeln das Prinzip der gleichwertigen Beteiligung an dem in der Ehe erzielten Vermögen bei dieser Fallkonstellation nicht verwirklichen. Neuerdings versucht der IX. ZS. des BGH ¹⁾ dieses Ergebnis über die Vorschriften des Zugewinnausgleichs zu korrigieren.

Der IX. ZS. geht in Fortführung der Rechtsprechung des IV. ZS. ²⁾ davon aus, daß die Vorschriften über den Ausgleich des Zugewinns als spezielle gesetzliche Ausprägung die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage verdrängen. Die ungeschriebenen, aus § 242 abgeleiteten Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage sollen nur dort eingreifen, wo nicht das Gesetz einen typischen Fall geänderter Vertragsgrundlage bis ins einzelne geregelt und einer angemessenen Lösung zugeführt hat ³⁾.

Der IX. ZS. des BGH ist der Ansicht, die Bestimmungen über den Zugewinnausgleich könnten selbst dann zu einem angemessenen Ausgleichsanspruch über § 1378

-
- 1) BGHZ 82, 227 ff = FamRZ 1982, 246 ff; BGH WM 1982, 697ff; zust. Reinicke/Tiedtke, WM 1982, 946 ff.
 - 2) BGHZ 65, 320 ff = FamRZ 1976, 82 ff; BGHZ 68, 299 ff = FamRZ 1977, 458 ff.
 - 3) So BGH, FamRZ 1982, 246 f.

Abs. 1 führen, wenn der Zuwendungsempfänger im Vorgriff mehr erhalten hat, als sein Zugewinnausgleichsanspruch bei unterbliebener Zuwendung betragen würde. Dieses Ergebnis erzielt der IX. ZS. dadurch, daß er im ersten Schritt die Anwendung des § 1380 in den Fällen ausschließt, in denen der Zuwendungsempfänger im voraus mehr erhalten hat, als ihm bei unterbliebener Zuwendung zugestanden hätte. Nach seiner Auffassung greift § 1380 entgegen der h.M. ¹⁾ nur ein, wenn eine Ausgleichsforderung des Zuwendungsempfängers besteht, auf die ein Vorausempfang angerechnet werden kann. Dies hat zur Folge, daß die Zuwendung entgegen § 1380 Abs. 2 Satz 1 nicht dem Endvermögen des Zuwenders hinzugerechnet wird und so eine Vergrößerung seines Zugewinns unterbleibt.

In einem zweiten Schritt sorgt der BGH dann auf der Seite des Empfängers dafür, daß die Zuwendung in seinem Endvermögen als Zugewinn ungeschmälert erscheint, damit der Zuwender den Ausgleichsanspruch geltend machen kann. Dies ist nur möglich, wenn die Zuwendung nicht nach § 1374 Abs. 2 dem Anfangsvermögen des Empfängers hinzugerechnet wird. Auf diese Weise scheidet eine Neutralisierung der Zuwendung im Vermögen des Empfängers aus. Der IX. ZS. ²⁾ begründet den Ausschluß des § 1374 Abs. 2 bei ehebedingten Zuwendungen mit dem Hinweis, diese Vorschrift ordne nur bei einer Schenkung an, daß ihr Wert dem Anfangsvermögen des Beschenkten zugerechnet und damit der Berücksichtigung bei seinem Zugewinn entzogen werde ³⁾. Bei der ehebedingten Zuwendung handele es sich je-

1) Staudinger-Thiele, § 1380 Rdnr. 3 f; Mü-Ko-Gernhuber, § 1380 Rdnr. 2; Lieb, S. 126 ff; Dölle, Familienrecht, S. 822; Johannsen, WM 1978, 654, 657; Kühne, FamRZ 1978, 221, 223; wie BGHZ 82, 227 ff ebenso Reinicke/Tiedtke, WM 1982, 946 f.

2) BGH, FamRZ 1982, 246, 248.

3) A.A. der IV. ZS in BGHZ 65, 320, 324 = FamRZ 1976, 82, 84 m.w.H..

doch gerade nicht um eine Schenkung. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht ¹⁾ gilt § 1374 Abs. 2 weder für ehebedingte Zuwendungen noch für Schenkungen der Ehegatten untereinander, weil diese Vorschriften nur auf Schenkungen von dritter Seite zugeschnitten sind. Reinicke/Tiedtke ²⁾ räumen jedoch ein, daß der Gesetzgeber zumindest "davon ausgegangen sein mag", § 1374 Abs. 2 gelte auch für Schenkungen eines Ehegatten an den anderen. Für diese Annahme sprechen der Wortlaut und die systematische Stellung des § 1374 Abs. 2 als Teil der Zugewinnausgleichsregeln.

Dem IX. ZS. ist insoweit zuzustimmen, als er dafür eintritt, ehebedingte Zuwendungen vorrangig nach den speziellen Vorschriften des Güterrechts auszugleichen. Dagegen kann der Ausschluß der §§ 1380, 1374 Abs. 2 und ein Ausgleichsanspruch nach § 1378 Abs. 1 in den Fällen, in denen die vorzeitige Zuwendung den Wert des ansonsten bestehenden Ausgleichsanspruchs übersteigt, nicht überzeugen. Kühne ³⁾ weist zu Recht darauf hin, daß der IX. ZS. neben der in § 1380 genannten Ausgleichsforderung des Zuwendungsempfängers noch eine zweite Ausgleichsforderung nach § 1378 Abs. 1 in umgekehrter Richtung in Höhe der Hälfte des überschießenden Wertes der Zuwendung geschaffen hat. Damit hat der IX. ZS. "unzulässigerweise das dem BGB nicht bekannte Rechtsinstitut des Zugewinnausgleichs mit zwei Ausgleichsforderungen aus der Taufe" gehoben ⁴⁾. Das Bestehen von zwei Ausgleichsforderungen verkompliziert den Zugewinnausgleich zudem erheblich und ist deshalb für die Praxis ungeeignet.

1) Reinicke/Tiedtke, WM 1982, 946; 950 f; Gernhuber, § 36 VIII 2, S. 515.

2) Reinicke/Tiedtke, WM 1982, 946, 950 f; Gernhuber, § 36 VIII 2, S. 515.

3) Kühne, JR 1982, 237 f.

4) So Kühne, JR 1982, 237.

Kühne ¹⁾ macht in seinen Ausführungen darauf aufmerksam, daß die von dem IX. ZS. eingeführte zweite Ausgleichsforderung nach § 1378 Abs. 1 nichts mit dem, was § 1378 Abs. 1 eigentlich unter einer Ausgleichsforderung versteht, gemein hat. Die Ausgleichsforderung nach § 1378 Abs. 1 ergibt sich aus der Differenz der jeweils erzielten Zugewinne der Ehegatten. Dieser Zugewinn besteht aus dem Betrag, um den das Endvermögen eines Ehegatten das Anfangsvermögen übersteigt. Dagegen wird die vom IX. ZS. zusätzlich geschaffene Ausgleichsforderung nach der Hälfte des überschießenden Wertes der Zuwendung berechnet. Der Überschußwert der Zuwendung ist jedoch nicht mit der Differenz aus dem Zugewinn der Ehegatten - wie § 1378 Abs. 1 dies vorsieht - gleichzusetzen ²⁾.

Gegen die vom IX. ZS. des BGH gewählte Berechnungsmethode sprechen ferner die bereits dargestellten Bedenken ³⁾, § 1374 Abs. 2 unberücksichtigt zu lassen. So hat der IV. ZS des BGH ⁴⁾ im Einklang mit der ganz überwiegenden Ansicht in der Literatur ⁵⁾ die entsprechende Anwendung des § 1374 Abs. 2 auf unbenannte Zuwendungen mit der überzeugenden Begründung bejaht, der Zuwendungsempfänger stünde sich andernfalls schlechter als bei einer unterbliebenen Zuwendung ⁶⁾. Aber selbst wenn man sich über diese Bedenken hinwegsetzt, kann der vorgeschlagene Weg des IV. ZS. im Beispiel 3 nur dann zur gleichwertigen Vermögensbeteiligung führen, wenn entgegen dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut des § 1380 Abs. 2 die gemachte Zuwendung rechnerisch nicht dem Endvermögen

1) Kühne, JR 1982, 237 f.

2) So Kühne, JR 1982, 237 f.

3) Vgl. S. 121 f m.w.H.

4) BGHZ 65, 320 ff = FamRZ 1976, 82 ff.

5) Vgl. S. 120 Fn.3m.w.H.

6) Vgl. im einzelnen S. 120 ff, insbes. Bsp. 2.

des Zuwenders zugeschlagen wird.

Wie sich im weiteren Verlauf der Untersuchung ¹⁾ zeigen wird, bedarf es jedoch nicht dieses komplizierten, mit zwei Ausgleichsforderungen arbeitenden Lösungsvorschlages des IX. ZS. Die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage ermöglichen unter Umständen einen angemessenen Vermögensausgleich zwischen den Ehegatten.

2. Der ausgleichsberechtigte Ehegatte macht die Zuwendung

Wenn der ausgleichsberechtigte Ehegatte die Zuwendung macht, kommt § 1380 nicht zur Anwendung. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut und dem Sinn der Vorschrift, die den Abzug des Vorausempfangs von der Ausgleichsforderung bestimmt. Der ausgleichspflichtige Zuwendungsempfänger hat jedoch gerade keine Ausgleichsforderung, von der der Wert der Zuwendung abzuziehen ist.

Das hat zur Folge, daß es zu einer isolierten Anwendung des § 1374 Abs. 2 zugunsten des Empfängers kommt. Dieser wird dadurch um den halben Wert der Zuwendung begünstigt. Ein Beispiel soll die Auswirkungen solcher Zuwendungen verdeutlichen.

Beispiel 4: Beide Ehegatten haben kein Anfangsvermögen. Während der Ehe erzielt der Ehemann einen Zugewinn von 100 000,- DM. Der Zugewinn der Ehefrau beläuft sich auf 30 000,- DM. Hiernach steht der Ehefrau bei vorzeitiger Beendigung des Güterstands eine Ausgleichsforderung in Höhe von 35 000,- DM zu. Falls die Ehefrau aber ihrem Mann während der Ehe 20 000,- DM zugewandt hat, ist ihr Endvermögen um 20 000,- DM vermindert. Die Vorschrift des § 1380 Abs. 2 kommt nicht zur Anwendung, weil sie eine Zuwendung des ausgleichs-

1) S. unten S. 167 ff.

verpflichteten Ehepartners voraussetzt. Der Zugewinn des Ehemanns bleibt trotz effektiver Vermögensmehrung von 20 000,-DM rechnerisch bei 100 000,-DM (wegen § 1374 Abs. 2). Demnach kann die Frau von ihrem Ehemann noch einen Zugewinnausgleich von 45 000,- DM verlangen. Insgesamt hat die Ehefrau bei ausgezahltem Zugewinnausgleich ein Vermögen von 55 000,- DM gegenüber 65 000,- DM im Falle der unterbliebenen Zuwendung.

Schwab ¹⁾ will in solchen Fällen die Interessen des ausgleichsberechtigten Ehegatten dadurch berücksichtigen, daß die Vorschrift des § 1374 Abs. 2 generell nicht auf solche Zuwendungen unter Ehegatten angewandt wird, die zu den anrechnungspflichtigen Vorausempfangen des § 1380 Abs. 1 zählen. Zu solchen Vermögensübertragungen gehören wegen des großen Wertes insbesondere Geld- oder Grundstückszuwendungen zum gemeinsamen Hausbau.

Diese Berechnungsmethode führt dazu, daß die Zuwendung nur beim Endvermögen des Empfängers ausgewiesen wird und seinen Zugewinn erhöht, weil die Neutralisierung durch die in § 1374 Abs. 2 vorgesehene Verbuchung beim Anfangsvermögen entfällt. In unserem Beispiel wäre beim Ehemann also ein Zugewinn von 120 000,- DM zugrunde zu legen. Die Ehefrau könnte noch (120 000,- DM minus 10 000,- DM) geteilt durch 2 = 55 000,- DM als Zugewinnausgleich geltend machen und stünde nach der Addierung ihres restlichen Vermögens von 10 000,- DM genau so wie bei unterbliebener Zuwendung da .

1) Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, Rdnr. 789 f; ebenso der IX. Zivilsenat des BGH abw. vom IV. Zivilsenat des BGH, vgl. BGH, FamRZ 1982, 246 ff; BGHZ 65, 320 ff; ders., 68, 299 ff.

Gegen diesen Lösungsweg bestehen jedoch Bedenken, weil nach dem Wortlaut des § 1374 Abs. 2 und dem Willen des Gesetzgebers Schenkungen immer dem Anfangsvermögen zuzurechnen sind ¹⁾. Hierzu gehören nach herrschender Meinung ²⁾ auch Schenkungen unter Ehegatten. Selbst eine unbenannte Zuwendung, die keine Schenkung ist, wird gem. § 1374 Abs. 2 zum Anfangsvermögen des Empfängers hinzugerechnet ³⁾.

Wenn § 1374 Abs. 2 restriktiv ausgelegt würde, käme man in den Fällen zu gerechten Ergebnissen, in denen der ausgleichsberechtigte Ehegatte die Leistung erbringt. Dagegen würde die fehlende Anrechnung der Zuwendung zum Anfangsvermögen (§ 1374 Abs. 2) in den häufigeren Fällen der Zuwendung durch den ausgleichspflichtigen Ehegatten zu Nachteilen führen (vgl. Beispiel 2). Eine Unterscheidung der beiden Fälle ist jedoch wegen der dann besonders komplizierten Berechnung des Zugewinnausgleichs für die Praxis ungeeignet.

Schwab kann diese Benachteiligung nur noch vermeiden, in dem er Zuwendungen an den ausgleichsberechtigten Ehegatten weder dem Anfangs- noch dem Endvermögen zu-rechnet ⁴⁾. Dagegen werden Zuwendungen an den ausgleichspflichtigen Ehegatten seinem Endvermögen ohne weiteres hinzuaddiert. Diese unterschiedlichen Berechnungsmethoden verkomplizieren die Ermittlung des Zugewinnausgleichs erheblich, so daß die Berechnung

-
- 1) Vgl. Begr. zum Reg. Entw. des GleichbereG, BT-Drucks. 2/224, S. 47; Begr. des Rechtsausschusses zu § 1380, BT-Drucks. 2/3409, S. 9; Olshausen, FamRZ 1978, 755 f.
 - 2) OLG Hamburg, NJW 1964, 1176 f; Mü-Ko-Gernhuber, § 1374 Rdnr. 22; Soergel-Lange, § 1374 Rdnr. 14; Dölle, Bd. I, § 59 I, S. 801; Kühne, JR 1975, 156 f; a.A. neuerdings Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, Rdnr. 790.
 - 3) Vgl. BGHZ 64, 320, 323; 68, 299, 302; OLG Schleswig, FamRZ 1978, 247 f; Staudinger-Thiele, § 1380 Rdnr. 24; Bosch, FS Beitzke, S. 121, 137; Henrich, FamRZ 1975, 533, 537 zufolge analog; Lieb, S. 128; Olshausen, FamRZ 1978, 757; a.A. noch Staudinger-Felgenträger, 10./11. Aufl., § 1380 Rdnr. 31; Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, Rdnr. 789 f.
 - 4) Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, Rdnr. 786, 790.

des Ausgleichsanspruchs für die Praxis noch schwieriger wird. Zudem führt der von Schwab vorgeschlagene Weg in den Fällen, in denen die Zuwendung größer als die ansonsten bestehende Ausgleichsforderung ist, auch zu keinem gleichwertigen Vermögensausgleich. Insbesondere wegen dieses Nachteils ¹⁾ ist die von Schwab vorgeschlagene Weiterentwicklung des Güterrechts durch die Ausschaltung des § 1374 Abs. 2 abzulehnen.

Die Beispiele haben gezeigt, daß die Vorschriften des gesetzlichen Güterstandes mitunter zu einer vermögensmäßigen Benachteiligung des Zuwenders oder des Empfängers der Leistung führen. Die Rechtsprechung und die Literatur haben verschiedentlich versucht, solche als unbillig empfundenen Ergebnisse durch die Anwendung schuldrechtlicher Rückabwicklungsvorschriften zu korrigieren. Ein weiterer Grund für das Verlangen nach dinglicher Rückabwicklung von Grundstückszuwendungen könnte auch die seit langem zu beobachtende und in Zukunft noch zu erwartende Wertsteigerung von Immobilien sein. Die güterrechtlichen Bestimmungen sehen bei solchen Zuwendungen lediglich die wertmäßige Anrechnung auf die Ausgleichsforderung vor. Dabei wird gem. § 1380 Abs. 2 Satz 2 bloß der Wert angerechnet, den das Grundstück zum Zeitpunkt der Zuwendung hatte ²⁾. Zwar wird eine zwischen der Zuwendung und der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags (§ 1384) eingetretene Wertsteigerung bei dem Endvermögen berücksichtigt ³⁾. Dennoch ist es für den Zuwender unter Umständen aber wirtschaftlich

-
- 1) Vgl. S. 131 Fn.1 ; zumindest echte Schenkungen sind nach dem Willen des Gesetzgebers immer dem Anfangsvermögen zuzurechnen.
 - 2) Ob scheinbare Wertsteigerungen durch Kaufkraftminderung bei einzelnen zugewandten Gegenständen wie bei der Berechnung des Anfangsvermögens (vgl. S.114 f) zu berücksichtigen sind, ist streitig; daf.: Lange, JZ 1974, 295, 297; BGB-RGRK-Finke, § 1380 Rdnr. 9; dag.: Mü-Ko-Gernhuber, § 1380 Rdnr. 22, der das nominalistische Prinzip im Rahmen des § 1380 befürwortet.
 - 3) Staudinger-Thiele, § 1380 Rdnr. 21.

wesentlich interessanter, das zugewandte Grundstück wieder seinem Vermögen zuzuführen und von der zukünftigen Wertsteigerung des Grundstücks zu profitieren. Im übrigen bleibt der "schuldrechtliche" Ausgleich im Falle der Gütertrennung selbst dann interessant, wenn man dem neuesten Urteil des IX. Zivilsenats folgt, denn bei der Gütertrennung können die nur für den gesetzlichen Güterstand bestehenden Ausgleichsvorschriften nicht zum Vermögensausgleich herangezogen werden.

Nach der bisherigen Erörterung ist festzustellen, daß die Regeln über den Zugewinnausgleich nicht immer einen gleichwertigen Vermögensausgleich gewährleisten. Möglicherweise ist das Schuldrecht in der Lage, diese Lücke auszufüllen.

B. Rückabwicklung von unbenannten Zuwendungen zwischen Ehegatten nach schuldrechtlichen Vorschriften

Soweit die Zuwendung etwa im Rahmen einer Schenkung oder eines Auftrags erbracht wurde, ist die Schenkung möglicherweise nach den Sondervorschriften über den Widerruf gem. § 530 und das aus dem Auftrag Erlangte gem. § 667 zurückzugewähren.

Falls der Geldzuwendung ein Darlehen zugrunde liegt, kann der Darlehnsgeber gem. § 607 seine Leistung herausverlangen.

Die Zuwendungen können auch als Beitrag zu einer BGB-Gesellschaft zwischen Ehegatten geleistet worden sein. Dann sind zur Rückabwicklung solcher Leistungen in erster Linie die Vorschriften der §§ 730 ff, 738 Abs. 1 Satz 2 heranzuziehen ¹⁾.

1) Bei der Ehegatten-Innengesellschaft kommen die Rückabwicklungsvorschriften der stillen Gesellschaft in Betracht, vgl. S. 46.

Die besonderen Abwicklungsvorschriften dieser Schuldrechtsinstitute sind bei der unbenannten Zuwendung zwischen Ehegatten jedoch nicht anwendbar, weil mangels eindeutiger Abreden nicht festzustellen ist, daß der Zuwendung eine Schenkung, ein Auftrag oder eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zugrunde liegt¹⁾. Die aufgrund einer familienrechtlichen causa erfolgten unbenannten Zuwendungen zwischen Ehepartnern haben keine speziellen schuldrechtlichen Rückabwicklungsvorschriften. Aus diesem Grunde können unbenannte Zuwendungen allenfalls nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften oder nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zurückgefordert werden.

Zwischen der Rechtsprechung²⁾ und einigen Stimmen in der Literatur³⁾ ist umstritten, ob diese allgemeinen Schuldrechtsinstitute überhaupt zur Rückabwicklung von Leistungen, die sich Eheleute im Laufe ihrer Ehe zugewandt haben, herangezogen werden können.

I. Das Verhältnis der güterrechtlichen Auseinandersetzungsvorschriften zum schuldrechtlichen Ausgleich

1. Ansicht der Rechtsprechung

a) Die ältere Rechtsprechung des BGH

Der BGH hat bis zu der noch darzustellenden Entscheidung vom 3. Dezember 1975 - IV ZR 110/74⁴⁾ - zur Rückabwicklung ehebedingter Zuwendungen nach der

1) Vgl. S. 110 f.

2) Vgl. BGHZ 65, 320, 323 ff; 68, 299, 303; FamRZ 1982, 246 ff.

3) Vor allem Kühne, zuletzt in FamRZ 1978, 221; Göppinger, Rdnr. 518; Mü-Ko-Gernhuber, Vorbem. 20 ff zu § 1363.

4) BGHZ 65, 320 ff.

Scheidung zu keiner einheitlichen Rechtsprechung ¹⁾ gefunden. Zwar haben die je nach materiell-rechtlicher "Aufzäumung" zuständigen Zivilsenate die grundsätzliche Möglichkeit der Rückabwicklung solcher Zuwendungen nach schuldrechtlichen Vorschriften bejaht. Dennoch wurden bei ähnlich liegenden Sachverhalten einmal Bereicherungsvorschriften ²⁾, das andere Mal die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage ³⁾ oder das Gemeinschaftsrecht ⁴⁾ herangezogen.

Der VII. Zivilsenat hat in seiner Entscheidung ⁵⁾ vom 5.10.1967 als Rechtsgrund für die Geldzuwendung des Ehemanns an seine Frau die eheliche Lebensgemeinschaft angesehen. Nach seiner Ansicht ist dieser Rechtsgrund durch die Scheidung zwar nicht für die Vergangenheit, wohl aber für die Zukunft entfallen. Daher hält er zur Rückabwicklung einen Anspruch gem. § 812 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. (condictio ob causam finitam) für gegeben. Dieser Entscheidung hat sich der II. Zivilsenat in einem späteren Urteil angeschlossen ⁶⁾. Aus beiden Entscheidungen ist allerdings nicht zu entnehmen, in welchem Güterstand die Eheleute lebten.

In einem weiteren Fall, in dem die Ehegatten den Güterstand der Gütertrennung vereinbart haben, hat der V. Zivilsenat des BGH ⁷⁾ die Anwendung bereicherungsrechtlicher Vorschriften ebenfalls bejaht. Im Unterschied zu den vorgenannten Urteilen des II. und VII. Zivilsenats hielt der V. Zivilsenat jedoch § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. (condictio ob rem) für die richtige Anspruchsgrundlage. Das Gericht vertrat die Auffassung, daß die Erhaltung der wirtschaftlichen

1) Die neuesten Entscheidungen des BGH in FamRZ 1982, 246 ff; 1982, 778 f lassen jedoch eine kontinuierliche Fortführung der seit BGHZ 65, 320 ff geänderten Rechtsprechung erkennen.

2) BGH, FamRZ 1968, 23 f; BGH, WM 1972, 661 f.

3) BGH, FamRZ 1969, 28 ff; FamRZ 1972, 201.

4) So BGH, FamRZ 1969, 78 f; zur Kritik vgl. besonders Lieb, S. 118 f, Fn. 47; Henrich, FamRZ 1975, 533, 536.

5) BGH, FamRZ 1968, 23 f.

6) BGH, WM 1972, 661 f.

7) BGH, FamRZ 1969, 409 f.

Grundlage und die Zukunftssicherung für die Familie der Geschäftszweck der Zuwendung gewesen seien. Dieser Zweck soll mit der Eheauflösung weggefallen sein.

Diese Entscheidungslinie hat der V. Zivilsenat jedoch nicht beibehalten. In einem darauffolgenden Urteil ¹⁾ vom 18.10.1968 hat er in einem Fall, in dem der Ehemann sich und seine Ehefrau als Grundstückseigentümer (je zur ideellen Hälfte) eintragen ließ, die allgemeinen Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zur Rückabwicklung ehebedingter Zuwendungen herangezogen.

Diese Entscheidung ist später vom IV. Zivilsenat ²⁾ in einem Fall bestätigt worden, in dem der Ehemann seiner in Gütertrennung lebenden Frau das Miteigentum an Wertpapieren eingeräumt hatte.

b) Die Rechtsprechung seit BGHZ 65, 320 ff

Seit der Entscheidung ³⁾ des IV. Zivilsenats vom 3. Dezember 1975 hat der BGH seine Rechtsprechung zur Rückabwicklung ehebedingter Zuwendungen zwischen Ehegatten, die im gesetzlichen Güterstand leben, geändert.

Danach ist ein Bereicherungsanspruch gegen den Zuwendungsempfänger ausgeschlossen, weil die Zuwendung mit Rechtsgrund erfolgte ⁴⁾. Dies hatte der BGH bereits für den Fall entschieden ⁵⁾, daß die Eheleute

1) BGH, FamRZ 1969, 28 ff; vgl. auch BGH, NJW 1974, 1554 f.

2) BGH, FamRZ 1972, 201.

3) BGHZ 65, 320 ff.

4) BGHZ 65, 320, 323.

5) BGH, FamRZ 1972, 201.

im Güterstand der Gütertrennung leben. Das Bestehen der Ehe kann demnach weder der - mit der Scheidung entfallene - Rechtsgrund für solche Zuwendungen sein, noch ist der Fortbestand der Ehe ein speziell mit der Zuwendung verknüpfter Zweck i.S. des § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt.

Desweiteren hat der BGH beim gesetzlichen Güterstand ¹⁾ grundsätzlich die Rückabwicklung ehebedingter Zuwendungen als Vermögensausgleich über den Wegfall der Geschäftsgrundlage abgelehnt ²⁾. Nur in den Fällen, in denen die Zuwendung den Zugewinnüberschuß übersteigt, hat er die Anwendung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage als möglich bezeichnet. Der BGH hat den Ausschluß dieser schuldrechtlichen Rückabwicklungsvorschriften damit gerechtfertigt, daß die güterrechtlichen Regelungen, insbesondere die §§ 1374 Abs. 2, 1380 Zuwendungen zwischen Ehegatten in besonderer Weise berücksichtigen und eine Berufung auf ungerechtfertigte Bereicherung oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage ausschließen.

Diese Grundsätze hat der IV. Zivilsenat in einem späteren Urteil vom 27.4.1977 erneut bestätigt ³⁾. Allerdings hat er für die Fallgruppe der Einräumung des Miteigentums am Grundstück entschieden, daß in besonderen Fällen der Zuwender die Rückübereignung der Grundstückshälfte wegen Wegfalls der Geschäfts-

-
- 1) Bei Gütertrennung ist dagegen nach der Rechtsprechung die Rückabwicklung ehebedingter Zuwendungen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht ausgeschlossen, vgl. insoweit BGH, WM 1972, 623 und WM 1974, 947; vgl. auch die Übersicht über den Stand der Rechtsprechung bei Kühne, FamRZ 1978, 221 f.
 - 2) Nach BGH, FamRZ 1976, 334 gilt der Vorrang der güterrechtlichen Regelung auch bei Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft durch Tod des Ehegatten.
 - 3) BGHZ 68, 299 ff; ebenso LG Bonn, FamRZ 1980, 359 ff; ebenso BGH, LG Essen, FamRZ 1980, 791; OLG Frankfurt, FamRZ 1981, 788; OLG Köln, FamRZ 1981, 783.

grundlage verlangen kann. Dann muß die Beibehaltung der Bruchteilsgemeinschaft mit der sich daraus ergebenden Möglichkeit der Zwangsversteigerung des Grundstücks nach §§ 753 BGB, 180 ff ZVG für die Ehegatten oder einen von ihnen unzumutbar sein ¹⁾. Der Anspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage besteht unter den dargestellten Voraussetzungen auch ohne Rücksicht auf das Ergebnis des Zugewinnanspruchs. In diesen Fällen geht es nämlich nicht vorrangig um den bloßen Vermögensausgleich ²⁾ zwischen Ehegatten, sondern um die Vermeidung unbilliger Härten, die eine Bruchteilsgemeinschaft mit der Möglichkeit der Zwangsversteigerung in sich birgt. Der IX. Zivilsenat ³⁾ hat in einem Urteil vom 26. November 1981 erneut betont, daß es in aller Regel keines Rückgriffs auf die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage bedarf, soweit güterrechtliche Bestimmungen eingreifen. Während der IV. Zivilsenat ⁴⁾ allerdings die Anwendung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in den Fällen, in denen die Zuwendung den Zugewinnüberschuß übersteigt, als möglich bezeichnet hat, will der IX. Zivilsenat auch bei dieser Fallgestaltung die Regeln über den Zugewinnausgleich anwenden. Nach seiner bereits im einzelnen dargelegten Auffassung ⁵⁾ steht dem Zuwender eine Ausgleichsforderung gem. § 1378 Abs. 1 zu.

Das OLG Schleswig ⁶⁾ mußte schließlich über den Rückforderungsanspruch eines Ehegatten entscheiden, der selbst keinen Zugewinn erzielt hatte und der nach

1) BGHZ 68, 299, 304.

2) So deutlich Johannsen, LM BGB Nr. 65 zu § 242 (D).

3) BGH, FamRZ 1982, 246 ff.

4) BGHZ 65, 320 ff.

5) Vgl. im einzelnen S. 125 ff.

6) OLG Schleswig, FamRZ 1978, 247 ff.

seinen Behauptungen der Ehefrau sein ganzes Vermögen zum Kauf eines Grundstücks und zum Bau eines Hauses gegeben hatte.

Hier hat der Senat entschieden, daß auf diesen Fall der vom BGH entwickelte und grundsätzlich zu billigende Vorrang der Güterrechtsvorschriften nicht paßt. Das Oberlandesgericht hat dem Ehemann einen Rückgewähranspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. zugebilligt. Der mit der Zuwendung verfolgte Zweck sei eine Anzahlung auf den vom Ehegatten zu zahlenden Zugewinnausgleich gewesen ¹⁾. Da er selbst aber keinen Zugewinn erzielt habe, sei der bezweckte Erfolg nicht eingetreten.

Die Geldzuwendung mußte nach dem Urteil des OLG in vollem Umfang zurückgezahlt werden.

2. Ansicht der Literatur

Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist in der Literatur nur teilweise ²⁾ auf Zustimmung gestoßen.

So weist Johannsen ³⁾ darauf hin, daß der vermögensrechtliche Ausgleich zwischen den Geschiedenen durch den Vorrang der güterrechtlichen Vorschriften wesentlich vereinfacht wird. Auch Bosch ⁴⁾ hält den prinzipiellen Ansatz des BGH trotz aller denkbaren Einzelkritik für zutreffend und befürwortet einen Rückgabeanspruch hinsichtlich der Zuwendung nur in besonderen Ausnahmefällen.

Die Kritiker ⁵⁾ des BGH wenden sich weniger gegen das Ergebnis - Versagung der Rückforderung der Zu-

1) OLG Schleswig, FamRZ 1978, 247, 249.

2) Zustimmung Bosch, FS Beitzke, S. 121, 138; ders., FamRZ 1980, 447; Beitzke, § 14 IV 2 a.E., S. 98 (19. Aufl.); dag. vorsichtiger in der 22. Aufl., § 14 III 2 a.E., S. 106; Henrich, Familienrecht, § 7 IV 5, S. 39; Johannsen, WM 1978, 653, 656; ders., LM BGB Nr. 1 zu § 1374; Palandt-Heinrichs, § 242 Anm. 6 D c; Wiefels, S. 45.

3) Johannsen, LM Nr. 1 zu § 1374.

4) Bosch, FS Beitzke, S. 121, 138; ders., FamRZ 1982, 249

5) Mü-Ko-Gernhuber, Vorbem. 20 ff zu § 1363; Staudinger-Thiele, § 1363 Rdnr. 14; Göppinger, Rdnr. 518;

wendung - als vielmehr gegen die vom BGH behauptete Spezialität der Vorschriften über den Zugewinnausgleich gegenüber den allgemeinen schuldrechtlichen Ausgleichsregeln.

Kühne ¹⁾ stimmt dem BGH insoweit zu, als das Gericht Bereicherungsansprüche zur Rückabwicklung unbenannter Zuwendungen kategorisch ausschließt.

Dagegen sind nach seiner Meinung die Vorschriften über den Zugewinnausgleich keine gegenüber dem Wegfall der Geschäftsgrundlage speziellen Regeln. Vielmehr folge der Zugewinnausgleich seinerseits den bürgerlich-rechtlichen Rückabwicklungsvorschriften ²⁾.

Diese Auffassung begründet er damit, daß der Zugewinnausgleich auf den Vermögensverhältnissen der Eheleute und damit auch auf den aus einzelnen Rechtsverhältnissen sich ergebenden Forderungen und Ansprüchen aufbaut ³⁾. Es sei im Schrifttum zu § 1380 unbestritten, daß die Anrechnungsregelung dieser Vorschrift die Rückforderung der Zuwendung über den Widerruf der Schenkung gem. §§ 528 ff nicht ausschließe.

Kühne entnimmt aus dem Berechnungsverfahren bei anrechnungspflichtigen Zuwendungen, daß der Gesetzgeber das rechtliche Schicksal der Einzelzuwendungen nicht mit dem Zugewinnausgleich verschmelzen wollte ⁴⁾.

Andernfalls hätte der Gesetzgeber den Wert der Zuwendungen bei der Ermittlung des Anfangs- und Endvermögens der Ehegatten jeweils entsprechend der tatsächlichen Wertbewegung verbuchen lassen.

Der Gesetzgeber habe es jedoch vorgezogen, die Zuwendung nicht nur dem End-, sondern auch dem Anfangsvermögen des Empfängers (§ 1374 Abs. 2) zuzuschlagen.

Kühne, JZ 1976, 487 f; ders., FamRZ 1978, 221 f.

1) Kühne, JZ 1976, 487 f; auch für grds. Anwendung des Bereicherungsrechts Mü-Ko-Gernhuber, Vorbem. 20 zu § 1363.

2) Kühne, JZ 1976, 487 f; ders., FamRZ 1978, 221 f.

3) Kühne, JZ 1976, 487 f.

4) Kühne, FamRZ 1978, 221 f.

Dadurch sei die Zuwendung rechnerisch neutralisiert worden. Diese Neutralisierung habe es auf seiten des Zuwenders erforderlich gemacht, den Wert der Zuwendung zum Endvermögen hinzuzuziehen (§ 1380 Abs. 2). Erst nach dem Zusammenspiel der §§ 1380 Abs. 2, 1374 Abs. 2 komme die in § 1380 Abs. 1 angeordnete Anrechnung der Zuwendung auf den Ausgleichsanspruch zum Tragen. Der Empfänger sei infolge dieser Anrechnung nicht besser gestellt, als er bei normalem Zugewinnausgleich stünde. Der Gesetzgeber habe durch dieses Berechnungsverfahren deutlich gemacht, daß die selbständige Beurteilung der Rückabwicklungsfrage erhalten bleibe ¹⁾.

Wenn Kühne zur Rückforderung unbenannter Zuwendungen die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage anwendet, führt dies nach seiner Ansicht nicht dazu, daß bei jeder Ehescheidung die Zuwendung herauszugeben ist. Die Rückabwicklung soll trotz weggefallener Geschäftsgrundlage ausgeschlossen sein, wenn die Zuwendung wertmäßig nicht den Betrag übersteigt, den der Zuwendungsempfänger andernfalls ohne sie als Zugewinnausgleichsanspruch geltend machen könnte ²⁾. Sofern die Zuwendung rückgängig gemacht würde, entstünde nämlich ein entsprechend erhöhter Zugewinnausgleichsanspruch des Empfängers nach güterrechtlichen Vorschriften. In einem solchen Fall sei das weitere Merkmal der Unzumutbarkeit bei Aufrechterhaltung der durch die Zuwendung geschaffenen Rückforderung aber nicht gegeben, da die Rückabwicklung der Zuwendung zu einem anderweitigen (güterrechtlichen) Anspruch gegen den Zuwender führe. Dies bedeutet, daß Kühne zum gleichen Ergebnis kommt wie der BGH ³⁾.

1) Kühne, FamRZ 1978, 221, 223.

2) Kühne, JZ 1976, 487 f.; JR 1977, 23.

3) Kühne, FamRZ 1978, 221 f.

3. Stellungnahme

Zur Entscheidung der Frage, ob sich der Vermögensausgleich zwischen Ehegatten im Falle der Eheauflösung vorrangig nach güterrechtlichen Vorschriften richtet und allgemeine schuldrechtliche Bestimmungen insoweit ausgeschlossen sind, sind zunächst die Normvorstellungen und Absichten des Gesetzgebers zu ermitteln.

In den Begründungen zum Entwurf des Gleichberg¹⁾ und in den Vorschlägen der Berichterstatter zur zukünftigen Gestaltung des ehelichen Güterrechts auf dem 33.²⁾ und 38.³⁾ Deutschen Juristentag wird man vergeblich einen ausdrücklichen Hinweis auf die Vorrangigkeit der Rückabwicklungsbestimmungen des Güterrechts vor denen des Schuldrechts suchen. Dennoch erlauben die in diesen Quellen enthaltenen Vorstellungen von der Aufgabe des zukünftigen Güterrechts und der vermögensrechtlichen Stellung von Mann und Frau zueinander Rückschlüsse auf das Konkurrenzverhältnis güterrechtlicher Normen zu allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen.

Als Ausgangspunkt zur Schaffung eines neuen Güterrechts ist das Bestreben des Gesetzgebers anzusehen, die im Haushalt tätige Ehefrau gegenüber dem erwerbstätigen Ehemann unter keinen Umständen vermögensmäßig zu benachteiligen. Bei der früher wie auch heute noch überwiegenden Hausfrauenehe⁴⁾ hat zumeist nur der Ehemann wegen seiner Erwerbstätigkeit die Chance, ein Vermögen zu bilden.

1) BT-Drucks. 1/3802; 2/224; 2/3409.

2) Vgl. Kipp, S. 325 ff, 344 ff; Munk, S. 339 ff; 369 ff; Wieruszowski, S. 331 ff, 357 ff.

3) E. Ulmer, B 31, 33.

4) Vgl. S. 1 f.

Der bis zum 31.03.1953 geltende gesetzliche Güterstand ¹⁾ der Verwaltung und Nutznießung des Mannes gewährte dem Mann eine zwar nicht unbeschränkte, aber doch sehr starke Macht selbst über das etwa vorhandene Vermögen der Frau ²⁾. Die Früchte dieses Vermögens erhielt er als Ausgleich für ihm auferlegte eheliche Lasten. Den Überschuß der Nutzungen durfte er für sich behalten. Der Frau verblieb nur die Verfügungsgewalt über ihr sog. Vorbehaltsgut. Die bei diesem Güterstand bestehende Gütertrennung führte zu einer weiteren Benachteiligung, weil die zumeist im Haushalt tätige, vermögenslose Ehefrau nicht an dem Vermögen ihres Mannes beteiligt war.

Der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung widersprach bereits dem in Art. 119 Abs. 2 Satz 2 der Weimarer Reichsverfassung als Programm - nicht als Rechtsnorm - enthaltenen Grundsatz ³⁾: "Die Ehe beruht auf der Gleichberechtigung beider Geschlechter". Erst recht war die materielle Ungleichbehandlung der Eheleute nicht mit dem Rechtsnormcharakter ⁴⁾ des Art. 3 Abs. 2 GG zu vereinbaren. Aus diesen Gründen hat der Gesetzgeber ⁵⁾ auch die reine Gütertrennung als zukünftigen Güterstand mit dem Hinweis verworfen, daß dieser Güterstand zwar formal den Grundsatz der Gleichberechtigung beachte, die materielle Gleichberechtigung aber nicht gewährleiste, weil die Ehefrau meist im Haushalt tätig sei.

Die Gütergemeinschaft lehnte der Gesetzgeber als gesetzlichen Güterstand ab, weil sie zu Härten führt,

-
- 1) Wegen Art. 3 II, 117 I GG wurde ab 01.04.1953 der gesetzliche Güterstand der Nutzverwaltung beseitigt. An seine Stelle trat nach h.M. die Gütertrennung als neuer gesetzlicher Güterstand bis zum Inkrafttreten des GleichberG am 01.07.1958; vgl. BGHZ 10, 260, 279.
 - 2) Kipp, S. 344.
 - 3) Vgl. Anschütz, Art. 119 WRV Anm. 2.
 - 4) BVerfGE 3, 225, 239; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 3 Rdnr. 10.
 - 5) BT-Drucks. 2/224, S. 37.

wenn ein Ehegatte bei Beginn der Ehe ein großes, der andere dagegen nur geringes Vermögen hat und der ärmere Partner bei Beendigung des Güterstands unbillig am Vermögen des wohlhabenden Ehegatten beteiligt wird. Ein Güterstand mit derartigen Härten soll als gesetzlicher Güterstand ungeeignet sein ¹⁾.

Nach dem Willen des Gesetzgebers mußte der gesetzliche Güterstand als angemessene Regelung für die Mehrheit aller Ehen einfach, klar und praktisch leicht zu haben sein. Der Güterstand hatte dafür Sorge zu tragen, daß beide Ehegatten nur an dem in der Ehe erworbenen Vermögen beteiligt werden, ohne Rücksicht darauf, welcher Ehegatte den Erwerb erzielt hat ²⁾.

Vor allen Dingen sollte der zukünftige gesetzliche Güterstand Streitigkeiten zwischen Ehegatten vermeiden, die unter Umständen bei der Vermögensauseinandersetzung zu langwierigen Prozessen durch alle Instanzen führen. Sicherlich hat der Gesetzgeber gesehen, daß die bei der Zugewinnngemeinschaft bestimmte feste Quote des Zugewinnausgleichs zu Ungerechtigkeiten führen kann ³⁾. Dies hat er aber in Kauf genommen, damit Streitigkeiten zwischen Ehegatten über den gerechten Vermögensanteil vermieden werden. Solche Streitigkeiten könnten die Rechtssicherheit gefährden und die Richter vor kaum lösbare Probleme stellen.

Wie wichtig dem Gesetzgeber die schematische Regelung des Zugewinnausgleichs gegenüber einer individuellen Berechnung der Vermögensbeteiligung war, zeigt seine Stellungnahme ⁴⁾ zum Vorschlag eines gesetzlichen Güterstands von Wieruszowski ⁵⁾. Dieser Vorschlag

1) BT-Drucks. 1/3802, S. 50; 2/224, S. 33.

2) BT-Drucks. 2/224, S. 37.

3) BT-Drucks. 1/3802, S. 59; 2/224, S. 45.

4) BT-Drucks. 2/224, S. 37.

5) Wieruszowski, S. 331, 338 f.

ging dahin, jedem Ehegatten im Falle der Scheidung als Entgelt für seine Leistungen zum Eheaufwand einen Anspruch auf Beteiligung an der Vermögensmehrung, die beim Vermögen des anderen während der Ehe eingetreten ist, zu gewähren. Das Gericht sollte nach billigem Ermessen entscheiden, welcher Ehegatte dem anderen gegenüber entgeltpflichtig ist und wie hoch das Entgelt ist. Als Kriterien waren die Dauer der Ehe, der Umfang der Beitragsleistungen und die Mitwirkung jedes Ehegatten zur Gewinnerzielung und Größe des Zugewinns gebührend heranzuziehen.

Diesen auf die Gerechtigkeit des Einzelfalls abstellenden Vorschlag hat der Gesetzgeber abgelehnt, weil die Berechnungsweise zu kompliziert sei und den Richter vor eine kaum lösbare Aufgabe stelle ¹⁾. Die Rechtssicherheit würde bei einer solchen Güterstandsregelung gefährdet, denn niemand könne mehr mit einiger Sicherheit sagen, in welcher Höhe der Abgeltungsanspruch festgesetzt werde.

Der Gesetzgeber hat aber der einfachen, überschaubaren Regelung, deren Auswirkungen mit ziemlicher Sicherheit abzusehen sind, gegenüber einer individuellen Berechnung den Vorzug gegeben. Somit liegt der Schluß nahe, daß die Vorschriften des gesetzlichen Güterstands den ehelichen Vermögensausgleich vorrangig regeln sollen. Mit dem Güterstand des Zugewinnausgleichs hat der Gesetzgeber seine Vorstellung von der unkomplizierten Funktionsweise eines gesetzlichen Güterstands verwirklicht. Dagegen müßten bei einem Vermögensausgleich über den Wegfall der Geschäftsgrundlage individuelle Gesichtspunkte berücksichtigt werden.

1) BT-Drucks. 2/224, S. 37.

Ein weiteres Indiz für die Vorrangigkeit der Güterrechtsvorschriften ist aus der Stellungnahme der Bundesregierung zum Änderungsvorschlag des Bundesrates zu § 1385 a.F. zu entnehmen ¹⁾.

Der Bundesrat schlug vor, daß die ursprünglich vorgesehene "Risikoprämie" ²⁾ zugunsten des Ausgleichspflichtigen entfallen sollte, es sei denn, daß dies nach den Umständen des Falles grob unbillig wäre. Die Bundesregierung lehnte diesen Vorschlag ab ³⁾, weil durch die Bestimmung der groben Unbilligkeit ein großer Unsicherheitsfaktor in die Regelung der Ausgleichsforderung getragen werde und die Gerichte allzu häufig in Anspruch genommen würden. In der endgültigen Gesetzesfassung hat der Gesetzgeber völlig auf die "Risikoprämie" verzichtet.

Diese Stellungnahme ist ein weiterer Hinweis, daß der Vermögensausgleich nur nach den schematischen Güterrechtsregeln stattfinden soll und für komplizierte Billigkeitserwägungen, die auch im Rahmen des § 242 angestellt werden müßten, kein Raum bleibt. Von diesem Grundsatz hat der Gesetzgeber eng begrenzt in § 1381 eine Ausnahme gemacht.

Der Wunsch nach einer möglichst abschließenden Regelung der güterrechtlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten wird schon in einer Stellungnahme von Berent ⁴⁾ auf dem 33. Deutschen Juristentag erkennbar.

Der Vorschlag lautete, den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gesetzlich so zu regeln, daß möglichst wenig Eheverträge geschlossen werden müssen.

1) BT-Drucks. 2/224, S. 86 Nr. 11 zu § 1385; S. 96 zu Nr. 11.

2) Der Ausgleichspflichtige sollte vorab 1/4 des höheren Zugewinns als Ausgleich für das Risiko erhalten, einen etwaigen Vermögensverlust allein tragen zu müssen. Der ausgleichsberechtigte Ehegatte haftet nämlich nicht für die Schulden des anderen Ehegatten; vgl. auch BT-Drucks. 2/224, S. 45 zu § 1385.

3) BT-Drucks. 2/224, S. 96 zu Nr. 11.

4) Berent, S. 381 f.

Aus dieser Anregung ist zu entnehmen, daß der gesetzliche Güterstand so detaillierte Bestimmungen enthalten soll, daß ein Rückgriff auf allgemeine Vertragsbestimmungen angesichts der speziellen, umfassend geregelten Güterrechtsvorschriften überflüssig ist. Der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft sollte als Spezialregelung gegenüber anderen Normen die Güterrechtsbeziehungen der Ehegatten bestimmen.

Für die Spezialität der Vorschriften über den Zugewinnausgleich spricht auch die genaue Ausgestaltung des gesetzlichen Güterstands.

So ist das in § 1381 enthaltene Leistungsverweigerungsrecht des Ausgleichsschuldners als Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben anzusehen ¹⁾. Deshalb kommt eine Anwendung des § 242 neben § 1381 nicht in Betracht ²⁾.

Das Leistungsverweigerungsrecht bezweckt lediglich ³⁾, die größten Ungerechtigkeiten eines schematischen Zugewinnausgleichs zu vermeiden. Denn der Grundsatz der Rechtssicherheit und die Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten sollte nicht in Frage gestellt werden. Eine weitere Übertragung der zu § 242 entwickelten Fallgruppen scheidet aus.

Auch die in § 1380 Abs. 1 vorgeschriebene Anrechnung von Vorausempfangen ist ein Indiz, daß sich die Rückabwicklung ehebedingter Zuwendungen speziell nach güterrechtlichen Vorschriften richtet und für schuldrechtliche Bestimmungen grundsätzlich kein Raum ist. Die Vorschrift will eine Antwort auf die Frage geben, was mit den während der Ehe erfolgten Zuwendungen ge-

1) Soergel-Lange, § 1381 Rdnr. 2; Thiele, JZ 1960, 394 f.

2) Mü-Ko-Gernhuber, § 1381 Rdnr. 5.

3) Vgl. hierzu die amtl. Begründung zu § 1381 des Entwurfs in BT-Drucks. 2/224, S. 48.

schiebt, falls die Ehe nach den Vorstellungen der Parteien als die wesentliche Grundlage solcher Vermögensverschiebungen aufgelöst wird. Dieser Sachverhalt hat in tatsächlicher Hinsicht eine große Ähnlichkeit mit den Lebenssachverhalten, bei denen nur noch die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu einer gerechten Lösung führen.

Für die Auflösung der Ehe hat der Gesetzgeber eindeutig bestimmt, welches Schicksal die Zuwendung haben soll. Eine Rückabwicklung der Zuwendung durch Übertragung des zugewendeten Vermögens kommt abgesehen von der in § 1383 Abs. 1 getroffenen Ausnahmeregelung¹⁾ grundsätzlich nicht in Frage. Die Zuwendung soll dinglich beim Vermögen des Empfängers bleiben, aber ihr Wert wird auf den Ausgleichsanspruch angerechnet.

Dagegen sind beim Wegfall der Geschäftsgrundlage mehrere Rechtsfolgen möglich. In Betracht kommen allgemein die Anpassung eines Rechtsgeschäfts an die veränderten Umstände, der Ausgleich von Schäden und Aufwendungen oder die Aufhebung des Rechtsgeschäfts²⁾.

Kühne³⁾ vertritt dagegen die Auffassung, daß das in den §§ 1374 Abs. 2 und 1380 geregelte Anrechnungsverfahren gegen die Vorrangigkeit der Zugewinnausgleichsregeln spricht.

Wenn der Gesetzgeber das rechtliche Schicksal von Einzelzuwendungen mit dem Zugewinnausgleich habe verschmelzen wollen, hätten die Zuwendungen das Empfänger Vermögen vergrößern und das Endvermögen des Gebers verringern müssen⁴⁾.

-
- 1) Vgl. Mü-Ko-Gernhuber, § 1383 Rdnr. 2, der darauf hinweist, daß § 1383 ein Billigkeitskorrektiv zugunsten des Gläubigers enthält und damit "beschränkt den Gedanken eines Zugewinnausgleichs in Geld zugunsten einer Abschichtung mit bestimmten geldwerten Gütern aus dem Schuldnervermögen preisgibt".
- 2) Mü-Ko-Roth, § 242 Rdnr. 494 ff.
- 3) Kühne, FamRZ 1978, 221, 223.
- 4) Kühne, FamRZ 1978, 221, 223.

Gegen diese Schlußfolgerung ist einzuwenden, daß sie nicht den Grund des besonderen Anrechnungsverfahrens nach §§ 1374 Abs. 2, 1380 berücksichtigt.

Als Ausgangspunkt der gesetzgeberischen Überlegungen ist § 1374 Abs. 2 heranzuziehen.

Nach dieser Vorschrift werden unentgeltliche Zuwendungen dem Anfangsvermögen des Empfängers hinzurechnet, damit der Zuwender nicht über den Zugewinn an der Zuwendung beteiligt wird. Dieser Gedanke paßt jedoch nicht, wenn die Zuwendung gerade wegen ihres Wertes auf eine spätere Ausgleichsforderung angerechnet werden soll.

Man könnte deshalb auf die Idee kommen, daß § 1374 Abs. 2 nur für Zuwendungen gilt, die nach § 1380 Abs. 2 nicht anzurechnen sind. Dann wäre aber die Bestimmung des § 1380 überflüssig gewesen. Denn die anzurechnenden Zuwendungen wären dann entsprechend der natürlichen Betrachtungsweise vom Endvermögen des Zuwenders abgezogen und nur dem Endvermögen des Empfängers zugeschlagen worden. Es hätte somit eine "automatische" Anrechnung auf die Ausgleichsforderung stattgefunden.

Durch die Bestimmung des § 1380 hat der Gesetzgeber aber deutlich gemacht, daß alle Zuwendungen ¹⁾, auch die anrechnungspflichtigen, gem. § 1374 Abs. 2 dem Anfangsvermögen des Empfängers zuzuschlagen sind. Da durch die Hinzurechnung der Zuwendung zum Anfangsvermögen diese beim Empfänger rechnerisch neutralisiert wird, besteht die Gefahr, den Empfänger ohne § 1380 um die Hälfte des Zuwendungswerts besser

1) Lieb, S. 126 f; Olshausen, FamRZ 1978, 755 f.

zu stellen, als er bei unterbliebener Zuwendung stünde ¹⁾. Dies zeigt das Beispiel 1 auf S. 117. Um ein solches Ergebnis zu vermeiden, war der Gesetzgeber gezwungen, die Zuwendung gem. § 1380 Abs. 2 dem Endvermögen des Zuwenders zuzurechnen. Von der sich dann ergebenden Ausgleichsforderung des Empfängers ist die Zuwendung gem. § 1380 Abs. 1 abziehen.

Der eigentliche Grund für das besondere Berechnungsverfahren bei ehebedingten Zuwendungen ist also in § 1374 Abs. 2 zu sehen. Der Gesetzgeber wollte alle Zuwendungen zwischen Eheleuten den einschlägigen Güterrechtsvorschriften unterwerfen. Deshalb ist die Ansicht Kühnes abzulehnen, daß die Anrechnung von Vorausempfängen den Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringe, einzelne Zuwendungen nach schuldrechtlichen Vorschriften rückabzuwickeln.

Schließlich spricht auch der Sinn und Zweck der Zugewinnausgleichsregeln dafür, daß unbenannte Zuwendungen nach güterrechtlichen Bestimmungen verrechnet werden. Der gesetzliche Güterstand bezweckt, daß die Ehegatten an dem in der Ehe geschaffenen Vermögen gleichen Anteil haben, gleichgültig wie hoch der Beitrag des einzelnen Ehegatten ist ²⁾. So ist es mit dem Willen des Gesetzgebers durchaus vereinbar, daß die Ehefrau die Hälfte des während der Ehe ausschließ- lich vom Ehemann erarbeiteten Vermögens erhält. Der Hausfrau soll ein angemessener Ausgleich zustehen, weil sie im Interesse der Ehe und Familie auf eine eigene Erwerbstätigkeit verzichtet ³⁾ hat und deshalb

1) Vgl. das Beispiel 1, S. 114.

2) Vgl. BT-Drucks. 2/224, S. 37.

3) Lieb, S. 181 f; Schapp, FamRZ 1980, 215, 217.

kein eigenes Vermögen bilden kann. Schließlich trägt auch die Arbeit der Hausfrau zur Vermögensbildung des Ehemanns in gewissem Umfang bei ¹⁾.

Die schematische Aufteilung des in der Ehe erwirtschafteten Vermögens ohne Rücksicht auf die konkrete Leistung und Gegenleistung ist nur aus familienrechtlichen Gesichtspunkten zu erklären. Der im Schuldrecht herrschende Gedanke der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung paßt wegen der speziell familienrechtlichen Beweggründe nicht auf den Vermögensausgleich zwischen Ehegatten.

Die unbenannten Zuwendungen erfolgen aufgrund einer familienrechtlichen causa ²⁾, als Ausdruck der Solidarität zwischen den Ehegatten und als Zeichen der Gleichberechtigung. Der familienrechtliche Charakter solcher Zuwendungen gebietet es daher, die güterrechtlichen Vorschriften als vorrangig gegenüber allgemeinen Rückabwicklungsbestimmungen des Schuldrechts zu behandeln.

Wenn Kühne ³⁾ meint, die Anrechnungsvorschrift des § 1380 schließe die Rückabwicklung von Schenkungen nach §§ 528 ff nicht aus ⁴⁾, so ist dies kein Indiz dafür, daß auch ehebedingte Zuwendungen, die keine Schenkung sind, nach allgemeinen Schuldrechtsbestimmungen rückabgewickelt werden können.

1) Vgl. S. 60 ;Kipp, S. 346; Munk, S. 370 f; insoweit ablehnend Lieb, S. 180 ff.

2) Vgl. S. 95 ff, 102 ff.

3) Kühne, JZ 1976, 487 f.

4) Vgl. Bosch, FS Beitzke, 121, 139, der nach dem Wegfall des § 73 EheG den Schenkungswiderruf gem. § 530 wegen groben Undanks nur noch ausnahmsweise zulassen will; ebenso LG Bonn, FamRZ 1980, 359, 361.

Soweit die Zuwendung als Schenkung einzuordnen ist, haben die Ehegatten im Gegensatz zur unbenannten Zuwendung eine schuldrechtliche causa gewählt. Sie haben somit deutlich gemacht, daß ihre Beziehungen sich nach schuldrechtlichen Vorschriften richten sollen. Dieses Schuldrechtsinstitut enthält spezielle Rückabwicklungsvorschriften.

Dagegen bestehen für unbenannte Zuwendungen mit einer familienrechtlichen causa nur die Verrechnungsvorschriften des Güterrechts.

Die Vorrangigkeit der Güterrechtsbestimmungen beim Vermögensausgleich zwischen Ehegatten muß jedoch dort enden, wo die Vorschriften des gesetzlichen Güterstands zu keinem sachgerechten, dem Zweck des Gesetzes entsprechenden Vermögensausgleich führen. Dies ist der Fall, wenn der tragende Grundgedanke des gesetzlichen Güterstands, die gleichwertige Beteiligung beider Ehegatten an dem während der Ehe erworbenen Vermögen, durch die Vorschriften der Zugewinnsgemeinschaft nicht verwirklicht wird. Die ausschließliche Anwendung der §§ 1363-1390 würde in solchen Fällen zu Ergebnissen führen, die der Gesetzgeber mit dem schematischen Zugewinnausgleich gerade vermeiden wollte.

Hierbei ist an zwei Fallgruppen zu denken.

Wie bereits dargestellt wurde ¹⁾, führen die §§ 1374 Abs. 2, 1380 zu keiner gleichwertigen Vermögensbeteiligung, wenn die Zuwendung den Betrag der sonst bestehenden Ausgleichsforderung übersteigt. In diesem Fall wird der Zuwender benachteiligt.

1) Vgl. S. 123 ff.

Ebenso bewirken die Zugewinnregeln eine ungleiche Vermögensverteilung ¹⁾, wenn der später ausgleichsberechtigte Ehegatte die Zuwendung gemacht hat. Für solche Fälle muß ausnahmsweise der Weg für allgemeine schuldrechtliche Rückabwicklungsvorschriften offen sein, weil nur auf diese Weise das Ziel des gesetzlichen Güterstandes - die gleichwertige Beteiligung an dem in der Ehe erwirtschafteten Vermögen erreicht wird. Ebenso kommt bei der Gütertrennung eine schuldrechtliche Rückabwicklung in Betracht.

Soweit es bei der Rückabwicklung einer unbenannten Zuwendung nicht um den güterrechtlichen Vermögensausgleich zwischen Ehegatten geht, sondern um die Vermeidung anderweitiger unbilliger Folgen ²⁾, sind die den Vermögensausgleich betreffenden Güterrechtsvorschriften nicht anwendbar.

Hier ist der Weg für die Rückforderung der Zuwendung nach allgemeinen Schuldrechtsvorschriften offen.

Solche unbilligen Folgen, die nichts mit der Frage des Vermögensausgleichs zu tun haben, können nach der Einräumung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück entstehen ³⁾. Jeder Miteigentümer kann gem. § 753 BGB, 180 ff ZVG die Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft durch die Zwangsversteigerung verlangen.

Das Betreiben der Zwangsversteigerung zum Zwecke der Auseinandersetzung kann aber unter noch darzustellenden Umständen ⁴⁾ eine unzulässige Rechtsausübung sein und dem Zuwender einen Anspruch auf Herausgabe des zugewandten Grundstücksanteils geben.

1) Vgl. S. 124 f.

2) Vgl. S. 177 ff.

3) Vgl. den Sachverhalt in BGHZ 68, 299 ff = BGH, LM Nr. 65 zu § 242 (D) mit Anm. von Johannsen.

4) Vgl. S. 177 ff.

Nach dem bisherigen Stand der Untersuchung ist festzustellen, daß die güterrechtlichen Vorschriften dem schuldrechtlichen Ausgleich grundsätzlich vorgehen, ihn aber für gewisse Ausnahmefälle nicht ausschließen.

II. Rückforderung unbenannter Zuwendungen nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften

Soweit die Rückabwicklung unbenannter Zuwendungen nach allgemeinen Schuldrechtsvorschriften zulässig ist, stellt sich die Frage, ob die Herausgabe der Zuwendung nach Bereicherungsrecht oder über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu beurteilen ist.

Als bereicherungsrechtliche Anspruchsgrundlagen sind in der Rechtsprechung die *condictio ob rem* (§ 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt.)¹⁾ und die *condictio ob causam finitam* (§ 812 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt.)²⁾ erörtert worden.

Die Leistungskondiktion gem. § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. muß aus der weiteren Diskussion ausscheiden, weil die Geld- oder Grundstückszuwendung zum Zeitpunkt ihrer Bewirkung mit Rechtsgrund³⁾ erfolgt ist. Es stellt sich allenfalls die Frage, ob dieser Rechtsgrund später mit der Auflösung der Ehe entfallen ist und daher ein Fall des § 812 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. vorliegt.

1. condictio ob rem

a) Anwendungsbereich der condictio ob rem

Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift ist der Empfänger einer Leistung zur Herausgabe verpflichtet, wenn

1) BGH, FamRZ 1969, 409 f; OLG Schleswig, FamRZ 1978, 247 ff.

2) BGH, FamRZ 1968, 23 f; WM 1972, 661 f.

3) Vgl. zum Rechtsgrund S. 101 ff.

der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist.

Der weite Wortlaut hat zu zahlreichen Zweifelsfragen über den Anwendungsbereich dieser Norm geführt. Stellt man auf den bloßen Gesetzeswortlaut ab, so könnten alle Fälle der Nichterfüllung bereits einseitig erfüllter Schuldverträge unter § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. subsumiert werden ¹⁾.

Daß ein solch weiter Anwendungsbereich jedoch nicht richtig ist, zeigen die allgemeinen Vorschriften des gegenseitigen Vertrages (§§ 320 ff), die die Leistungsstörungen bei synallagmatischen Verträgen eingehend regeln.

Einige Stimmen in der Literatur ²⁾ sehen diese Kondiktion als ein "historisches Überbleibsel" an, während Locher ³⁾ die *condictio ob rem* als gesetzliche Grundlage für die gesamte Lehre von der Geschäftsgrundlage einstuft. Diese Vorschrift soll zur wichtigsten und einzigen Stütze für eine Beachtung des Mangels der Geschäftsgrundlage werden.

Nach einer eingehenden Untersuchung von Söllner hat die *condictio ob rem* jedoch inzwischen einen festen Anwendungsbereich gefunden ⁴⁾.

Danch ermöglicht diese Kondiktion die Rückforderung solcher Leistungen, die aufgrund der (vergeblichen) Erwartung einer rechtlich nicht erzwingbaren Gegenleistung erfolgt sind.

Diese Definition führt zu der Frage, worauf sich denn die Erwartung der Gegenleistung gründen muß. Das

1) Söllner, AcP 163 (1963), 20 f.

2) v. Caemmerer, S. 333, 346; Erman-H.P. Westermann, § 812 Rdnr. 50.

3) Locher, AcP 121 (1923), 48 f.

4) Söllner, AcP 163 (1963), 20 ff; vgl. Lieb, S. 110 f.

Gesetz spricht nur von einem "nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts" bezweckten Erfolg.

Da die Gegenleistung rechtlich nicht erzwingbar ist, scheidet eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung zu ihrer Erbringung aus.

Andererseits reicht die einseitige Erwartung einer Gegenleistung, die als Motiv des Leistenden im Verborgenen geblieben ist, für eine Anwendung des § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. auch nicht aus ¹⁾.

Vielmehr ist der Grund für die vergebliche Erwartung der Gegenleistung zwischen dem Motiv des Leistenden und einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung des Empfängers angesiedelt. Nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung ²⁾ und Literatur ³⁾ ist es erforderlich, daß die Parteien sich ausdrücklich oder stillschweigend geeinigt haben müssen, daß durch die Leistung der Empfänger zu einem bestimmten Verhalten, zu einer Gegenleistung, veranlaßt werden soll. Falls der Empfänger die Gegenleistung nicht erbringt, entfällt der Grund für das Behaltendürfen der Leistung, und er ist gem. § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet.

b) Zweckvereinbarung bei der unbenannten Zuwendung

Wenn § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. im Falle der Eheauflösung einen Anspruch auf Herausgabe der unbenannten Zuwendung gewähren soll, müßte zunächst eine Einigung der Eheleute über den mit der Zuwendung bezweckten

1) Vgl. Mot. II, 842 f.

2) Vgl. BGHZ 44, 321.

3) BGB-RGRK-Heimann-Trosien, § 812 Rdnr. 90; Mü-Ko-Lieb, § 812 Rdnr. 163; Palandt-Thomas, § 812 Anm. 6 d; Lieb, S. 112; Welker, S. 75 f.

Erfolg, die Gegenleistung des Empfängers, erkennbar sein.

Die Schaffung einer dauerhaften Bleibe für die Eheleute und damit zugleich der Fortbestand der Ehe werden in diesem Zusammenhang als der mit der Zuwendung bezweckte Erfolg genannt, der infolge der Scheidung nicht eingetreten ist ¹⁾.

Sofern die Eheleute erkennbar eine derartige Vereinbarung getroffen haben, bestehen keine Bedenken, im Falle des Scheiterns der Ehe § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. als Herausgabeanspruch anzuwenden. Bei unbekannten Zuwendungen liegt jedoch die besondere Schwierigkeit darin, daß eindeutige Abreden nicht vorliegen. Insbesondere besteht keine ausdrückliche Einigung, daß die Zuwendung den Fortbestand der Ehe sichern soll. Solche Zweckvereinbarung könnte allenfalls stillschweigend erfolgt sein. Der Zuwender müßte dem Leistungsempfänger zu erkennen gegeben haben, daß die Zuwendung zum Hausbau den Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft bezweckt. Der Empfänger seinerseits müßte durch die Annahme der Leistung deutlich machen, daß er den Leistungszweck erkennt und billigt ²⁾. Für die Annahme einer solchen Einigung müssen konkrete Hinweise vorliegen. Die allgemeine Erwartung, die Ehe werde Bestand haben, reicht für eine stillschweigende Einigung über den Zweck der Zuwendung nicht aus.

In Anbetracht der Beziehungen von Eheleuten in einer intakten Ehe erscheint eine derartige Zweckabsprache wirklichkeitsfremd. Die Zuwendung erfolgt aus einem

1) Vgl. die Sachverhalte zu BGH FamRZ 1968, 23 f; FamRZ 1969, 28 f; 409 f; dag. Reinicke/Tiedtke, WM 1982, 945 f; BGH, WM 1982, 697 ff m.w.H..

2) Vgl. BGHZ 44, 321 ff; BGB-RGRK-Heimann-Trosien, § 812 Rdnr. 90; Fenn, FamRZ 1968, 291, 297.

in der ehelichen Lebensgemeinschaft gewachsenen Solidaritätsgefühl und als Zeichen der Anerkennung der in der Ehe erbrachten Leistungen des Empfängers. Mit der Hingabe von Geld oder der Einräumung von Miteigentum verknüpft der Zuwender nicht die Erwartung einer Gegenleistung, wie es für Fälle des § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. typisch ist. Die von jedem Ehepartner erbrachten Leistungen erfolgen im Hinblick auf ein gemeinsames Ziel und gleichgerichtete Interessen. Der Leistungsempfänger muß nicht erst mit der Zuwendung zu einem bestimmten Verhalten veranlaßt werden.

Gegen die *condictio ob rem* spricht auch, daß ehebedingte Zuwendungen in einer guten Ehe nicht unter einem für diese Kondiktion üblichen Schwebezustand stehen. Die Eheleute gehen in der Regel wie selbstverständlich davon aus, daß die Ehe auch in Zukunft bestehen bleibt. Bei dieser Sachlage ist es unwahrscheinlich, daß sie sich anlässlich der Zuwendung über ihre allgemeine Erwartung hinaus noch besonders geeinigt haben, daß die Leistung den Fortbestand der Ehe sichern soll.

Aber selbst wenn der Ehemann eine solche Gegenleistung erwartete, kann aus der bloßen Annahme der Zuwendung nicht geschlossen werden, daß die Ehefrau die Zweckbestimmung gebilligt hat. Die Billigung eines solchen Leistungszwecks bedeutete nämlich, daß die Zuwendung bei vorzeitiger Eheauflösung keinen Bestand mehr hätte und die Ehefrau das Risiko des Scheiterns der Ehe allein tragen würde. Es ist angesichts fehlender Hinweise aber nicht anzunehmen, daß sie bereit ist, dieses Risiko allein zu tragen, zumal der Bestand der Ehe in gleichem Maße von ihrem Partner abhängt.

c) Zuwendung bei gestörten Ehebeziehungen

Eine andere Beurteilung ergibt sich, wenn die eheliche Lebensgemeinschaft während der Zuwendung bereits gestört ist und die Scheidung droht ¹⁾. In einem solchen Fall soll die Zuwendung regelmäßig den Empfänger veranlassen, von einer Scheidung Abstand zu nehmen. Da der Leistungsempfänger den mit der Zuwendung verfolgten Zweck kennt oder zumindest damit rechnen muß, billigt er mit der Annahme der Leistung zugleich die Zweckbestimmung. Falls die Ehe dennoch geschieden wird, ist der mit der Zuwendung bezweckte Erfolg nicht eingetreten und es greift die Sanktion des § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. ein ²⁾.

d) Anzahlung auf den Zugewinnausgleich als Zweck der Zuwendung

In einem vom OLG Schleswig ³⁾ entschiedenen Fall hatte der später ausgleichsberechtigte Ehemann seiner Frau Geld zum Kauf eines Grundstücks zugewendet. Die Ehefrau wurde als Alleineigentümerin in das Grundbuch eingetragen. Das Oberlandesgericht hat dem Ehemann einen Rückgewähranspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. zugesprochen. Nach der Ansicht des Gerichts bestand der mit der Geldzuwendung bezweckte Erfolg kraft gesetzlicher Vermutung in der Anzahlung auf den (vermeintlichen) Ausgleichsanspruch der Ehefrau. Dieser Erfolg sei nicht eingetreten, weil nicht die Ehefrau, sondern ihr Mann Zugewinnausgleich beanspruchen könne.

1) Vgl. die Entscheidungen RG, Seuff A 78 Nr. 124, S. 203 ff; RG, HRR 1931, Nr. 1752.

2) BGB-RGRK-Heimann-Trosien, § 812 Rdnr. 84; Kühne, FamRZ 1968, 356, 358.

3) OLG Schleswig, FamRZ 1978, 247 ff.

Die Auffassung des OLG wird von einigen Stimmen in der Literatur ¹⁾ zu Recht abgelehnt, weil nach dem dogmatischen Gehalt des § 1380 Abs. 1 Satz 2 diese Vorschrift keine gesetzliche Vermutung über den mit der Zuwendung bezweckten Erfolg aufstellt. Die in § 1380 Abs. 1 Satz 2 enthaltene Anrechnungsbestimmung ist kein selbständiger Rechtsgrund, der der Zuwendung zugrunde liegt. Soweit es sich um unbenannte Zuwendungen handelt, erfolgen diese aufgrund einer familienrechtlichen causa, zu der die Anrechnungsbestimmung als bloß ergänzender Rechtssatz ²⁾ hinzutritt, falls die Eheleute keine abweichende Regelung getroffen haben. § 1380 gewinnt ausschließlich Bedeutung, wenn der ausgleichsberechtigte Ehegatte die Zuwendung erhalten hat und es zur Berechnung des Zugewinnausgleichs kommt. Dort, wo der Zuwender selbst ausgleichsberechtigt ist, ist kein Raum für eine Anrechnung, so daß in diesen Fällen § 1380 Abs. 1 bedeutungslos wird. Daher kann aus § 1380 Abs. 1 auch nicht der Schluß gezogen werden, daß die Anrechnungsbestimmung über ihren begrenzten Anwendungsbereich hinaus eine gesetzliche Vermutung über den Leistungszweck i.S. des § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. aufstellt.

Neuerdings wendet der IX. Zivilsenat des BGH ³⁾ in solchen Fällen zugunsten des Zuwenders die Vorschriften über den Zugewinnausgleich an und gewährt ihm einen Ausgleichsanspruch nach § 1367 Abs. 1 ⁴⁾.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die *condictio ob rem* als Herausgabeanspruch einer unbenannten Zuwendung

1) Johannsen, WM 1978, 654, 657; Kühne, FamRZ 1978, 221, 223 f; Olshausen, FamRZ 1978, 755, 757 Fn. 11.

2) Mü-Ko-Gernhuber, § 1380 Rdnr. 8.

3) Vgl. BGH, FamRZ 1982, 246 ff; 1982, 778 f.

4) Vgl. im einzelnen S. 125 ff.

grundsätzlich ausscheidet. Dies gilt nicht, wenn die Zuwendung bei bereits gestörter Ehe erfolgt, um den Empfänger erkennbar von der Scheidung abzuhalten ¹⁾.

2. condictio ob causam finitam

Die Rückforderung einer unbenannten Zuwendung nach § 812 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. setzt voraus, daß mit der Auflösung der Ehe zugleich der Rechtsgrund der Zuwendung entfällt.

Der Bundesgerichtshof hat in zwei Entscheidungen angenommen ²⁾, die eheliche Lebensgemeinschaft sei der Rechtsgrund der Zuwendung gewesen. Die causa sei mit der Scheidung zwar nicht für die Vergangenheit, wohl aber in gewissem Umfang für die Zukunft entfallen.

Diese Begründung ist abzulehnen ³⁾, weil die eheliche Lebensgemeinschaft als solche keinen Rechtsgrund ⁴⁾ für die Geld- oder Grundstückszuwendung darstellt. Sie war allenfalls der Anlaß, das Motiv der Zuwendung.

Dagegen bleibt die der unbenannten Zuwendung zugrundeliegende familienrechtliche causa trotz der vorzeitigen Eheauflösung bestehen, so daß auch keine Rückabwicklung nach § 812 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. in Frage kommt. Wenn der ausgleichspflichtige Ehemann seiner Frau Geld oder ein Grundstück zum gemeinsamen Hausbau zugewendet hat, ist sein Verhalten so auszulegen, daß er vor dem eigentlichen Zeitpunkt des Zugewinnausgleichs seine Ehefrau an dem während der Ehe erwirt-

1) Vgl. c, S. 159.

2) BGH, FamRZ 1968, 23 f; WM 1972, 661 f.

3) Vgl. Deubner, FamRZ 1968, 351; Kühne, FamRZ 1968, 356 ff; Lorenz, JZ 1968, 382 f; Lieb, S. 118 f; Reinicke/Tiedtke, WM 1982, 945 f; BGH WM 1982, 697 f.

4) Vgl. zur Begründung S. 101.

schafteten Vermögen beteiligen will ¹⁾. Die Vermögensbeteiligung stellt sich beim gesetzlichen Güterstand zumeist als vorweggenommener Zugewinnausgleich dar ²⁾, der als Zeichen der Solidarität und als ein Ausdruck der Gleichberechtigung und der Gleichwertigkeit der Hausfrau zu verstehen ist. Diese familienrechtliche causa der Vermögensbeteiligung an dem während der Ehe erwirtschafteten Vermögen entfällt aber nicht mit der vorzeitigen Eheauflösung, denn die zwischen den Eheleuten schlüssig getroffene Abrede ³⁾ der Vermögensbeteiligung ist nicht mit dem Fortbestand der Ehe verknüpft worden. Schwab ⁴⁾ weist zu Recht darauf hin, daß "gerade die mit der Zuwendung verfolgte Absicht der Sicherstellung des wirtschaftlich schwächeren Ehegatten über den Bestand der Ehe selbst hinausweist".

Auch die *condictio ob causam finitam* kommt somit als Grundlage für die Rückabwicklung unbenannter Zuwendungen nicht in Betracht.

3. Inadäquanz des Bereicherungsrechts für den Vermögensausgleich zwischen Ehegatten

Gegen die Rückabwicklung ehebedingter Zuwendungen nach dem Bereicherungsrecht spricht auch der starre Inhalt und Umfang des Herausgabeanspruchs. Die Herausgabe erstreckt sich gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 primär auf das Erlangte in natura ⁵⁾.

Bei der Zuwendung eines Grundstücks beträfe die Herausgabepflicht die Rückübertragung - Rückauflassung und Zustimmung zur Grundbuchumschreibung - des ganzen Grundstücks.

1) Vgl. S. 105 f.

2) Vgl. aber auch S. 106 f.; Bosch, FS Beitzke, S. 121, 137; Massfeller-Reinicke, § 1380 Anm. 1.

3) Vgl. S. 105 f.

4) Schwab, Familienrecht, Rdnr. 244.

5) Vgl. die Ausnahme in § 951.

Soweit die Zuwendung in einer Geldsumme besteht, wäre diese in voller Höhe zurückzuzahlen. Falls das Geld ausdrücklich zum Erwerb eines Grundstücks bestimmt war, kann das Grundstück selbst Gegenstand des Herausgabeanspruchs sein ¹⁾.

Beim bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch können nur bestimmte Begleitumstände der Zuwendung anspruchsmindernd berücksichtigt werden. So wird im Rahmen der §§ 812 ff lediglich den leistungsbegleitenden Vor- und Nachteilen, die mit der Zuwendung in adäquat ursächlichem Zusammenhang stehen, Rechnung getragen ²⁾. Dagegen bleiben die eheliche Lebensgemeinschaft, die im Laufe der Ehe entstandenen persönlichen Beziehungen und anderweitigen Vermögensverflechtungen der Ehegatten außer Betracht. Ebenso spielen die mit der Zuwendung verfolgten Absichten für den Herausgabeanspruch und seinen Umfang keine Rolle.

Zu welch unbilligen Ergebnissen die starre Rückabwicklung nach dem Bereicherungsrecht führen kann, wird besonders bei Ehegatten deutlich, die im Güterstand der Gütertrennung leben und bei denen deshalb kein güterrechtlicher Vermögensausgleich stattfindet. Dies führt folgendes Beispiel ³⁾ klar vor Augen. Zwischen den Eheleuten bestand bis zum 31.03.1953 der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Mannes. Anschließend lebten sie bis zur Scheidung im Güterstand der Gütertrennung.

Der Ehemann finanzierte den Bau eines Hauses auf dem Grundstück seiner Frau. Das Geld konnte er aber nur zur Verfügung stellen, weil ihm aus dem eingebrachten

-
- 1) BGH, LM BGB Nr. 1 zu § 313; Palandt-Thomas, § 818 Anm. 2 b.
 - 2) Vgl. BGH, WM 1972, 888, 890; Mü-Ko-Roth, § 242 Rdnr. 528.
 - 3) Vgl. das Beispiel von Henrich, FamRZ 1975, 533, 538; nach BGH, WM 1974, 947 ff.

Gut seiner Ehefrau erhebliche Beträge zugeflossen waren. Sein eigener Verdienst reichte kaum zum Bestreiten des Familienunterhalts. Aus diesem Grunde war der Ehemann auch ausdrücklich mit der Eintragung seiner Ehefrau als Alleineigentümerin des Grundstücks einverstanden.

Wenn man annimmt, daß infolge der Scheidung die Tatbestandsvoraussetzungen der *condictio ob rem*¹⁾ oder die der *condictio ob causam finitam*²⁾ vorliegen, müßte die Ehefrau den gesamten Geldbetrag zurückzahlen, den ihr der Ehemann zum Bau des Hauses zugewendet hat. Dieses Ergebnis erscheint im vorliegenden Fall ungerecht, weil der Ehemann das zugewendete Vermögen nicht durch eigene Arbeit erworben hat. Es handelt sich um Geldbeträge, die ihm aus dem eingebrachten Gut - also letztlich aus dem Vermögen der Ehefrau - während des Güterstands der Verwaltung und Nutznießung zugeflossen sind.

Der Bundesgerichtshof ging bei der Entscheidung dieses Falls auf die Anwendung bereicherungsrechtlicher Vorschriften erst gar nicht ein, sondern er hielt die Prüfung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage für sachgerecht³⁾. Im Ergebnis lehnte er die Rückabwicklung der Zuwendung ab, weil die durch die Zuwendung entstandenen Vermögensverhältnisse für den Ehemann zumutbar waren.

Dem BGH ist zuzustimmen, daß unter dem Gesichtspunkt einer individuellen Berücksichtigung der ehelichen Lebensgemeinschaft und angesichts der flexiblen Rechtsfolgen die Grundsätze über den Wegfall der Geschäfts-

1) Zweck der Zuwendung i.S.d. § 812 I 2, 2 wäre der Fortbestand der Ehe.

2) Eheliche Lebensgemeinschaft als Rechtsgrund; vgl. S. 161 ff; BGH, FamRZ 1968, 23 f.

3) BGH, WM 1974, 947, 948 f.

grundlage sachgerechte Lösungen in den Vermögensbeziehungen der Eheleute zulassen. Anstelle starrer Vergütungs- und Herausgabepflichten sind die Anpassung, die vorsichtige Umwandlung der Vermögensverhältnisse oder die Teilentschädigung eines Ehegatten möglich.

Auch Verschuldensgesichtspunkte können beim Wegfall der Geschäftsgrundlage besser berücksichtigt werden ¹⁾. Allerdings setzt das neue Scheidungsrecht mit der Abkehr vom Verschuldens- zum Zerrüttungsprinzip den Maßstab, in welchem Umfang die schuldhaft ehezerstörende Verhalten anspruchsausschließend berücksichtigt werden ²⁾, da andernfalls das Verschuldensprinzip entgegen dem Willen des Gesetzgebers im Vermögensbereich der Ehegatten weiter gelten würde. Im Bereicherungsrecht hat das Verschulden des Ausgleichspflichtigen am Scheitern der Ehe allenfalls über § 815, 2. Alt. Einfluß auf den Herausgabeanspruch, indem der Anspruchsinhaber beim Vorliegen der in § 815, 2. Alt. enthaltenen Voraussetzungen die Herausgabe der Zuwendung nicht mehr verlangen kann. Nach der Rechtsprechung ³⁾ und der herrschenden Meinung in der Literatur ⁴⁾ betrifft § 815 aber ausschließlich den Fall des Bereicherungsanspruchs wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges, der in

1) Vgl. im einzelnen S. 179 ff.

2) Vgl. zum Umfang des zu beachtenden schuldhaften Verhaltens S. 179 f.

3) RG GruchB 51, 972; BGHZ 29, 171; BGH, NJW 1968, 245; OLG Schleswig, FamRZ 1978, 247, 249.

4) Joerges in AK BGB, § 815 Rdnr. 2; Palandt-Thomas, § 812 Anm. 6 A c; BGB-RGRK-Heimann-Trosien, § 815 Rdnr. 1; Schlechtriem, BGB, § 815 Anm. 3; Staudinger-Lorenz, § 815 Rdnr. 3; Lorenz, JZ 1968, 382 f.; a.A. Soergel-Mühl, § 815 Rdnr. 1; Kühne, FamRZ 1968, 356, 361 f.

§ 812 Abs. 1, Satz 2, 2. Alt. geregelt ist. Dies bedeutet, daß der Richter das Verschulden des Bereicherungsklägers am Scheitern der Ehe nur in den Fällen berücksichtigen wird, in denen dem Kläger ein Anspruch aus § 812 Abs. 1, Satz 2, 2. Alt. zusteht. Wenn das Gericht dagegen einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. für gegeben hält, kann selbst grob schuldhaftes Verhalten nach herrschender Meinung nicht über § 815, 2. Alt. zum Ausschluß des Bereicherungsanspruchs führen.

Soweit § 815, 2. Alt. aber auf den Bereicherungsanspruch anwendbar ist, tritt die - für das Bereicherungsrecht typische - starre Rechtsfolge ein: Die Rückforderung des zugewendeten Vermögens ist nicht nur zum Teil, sondern ganz ausgeschlossen ¹⁾. Die beim Wegfall der Geschäftsgrundlage zulässigen flexiblen Rechtsfolgen wie die Teilentschädigung des Klägers sind im Bereicherungsrecht nicht möglich.

Das Verlangen nach einer individuellen Regelung der Rechtsfolgen bei der Rückabwicklung unbenannter Zuwendungen steht nicht im Widerspruch zu der vom Gesetzgeber gewollten schematischen Regelung des gesetzlichen Güterstands. Soweit nach den Ergebnissen dieser Arbeit die Prüfung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage erwogen wird, handelt es sich um Fallgestaltungen ²⁾, die nach dem gesetzlichen Güterrecht zu unbefriedigenden und dem Willen des Gesetzgebers geradezu entgegenstehenden Ergebnissen führen. Nur die Flexibilität des § 242 ermöglicht es, bei dem Vermögensausgleich zwischen Ehegatten den Grundgedanken der Zugewinnngemeinschaft - die gleichmäßige Beteiligung an dem in der Ehe erworbenen Vermögen - zu berücksichtigen.

1) Staudinger-Lorenz, § 812 Rdnr. 99.

2) Vgl. S. 123 ff.

Die Gefahr der erschwerten Voraussehbarkeit gerichtlicher Erkenntnisse ¹⁾ wiegt gegenüber den Folgen einer starren Rückabwicklung ohne Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse der ehelichen Lebensgemeinschaft geringer.

Als Ergebnis ist festzustellen, daß das Bereicherungsrecht auch wegen seiner unpassenden Rechtsfolgen nicht geeignet ist, die Rückabwicklung ehebedingter Zuwendungen angemessen zu ermöglichen.

III. Rückabwicklung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage

1. Fortbestand der Ehe als Geschäftsgrundlage unbenannter Zuwendungen

Die Rückabwicklung unbenannter Zuwendungen aus Anlaß der vorzeitigen Eheauflösung setzt voraus, daß der Fortbestand der Ehe die Geschäftsgrundlage für das Zuwendungsgeschäft gewesen ist.

Ob das Bestehen der Ehe die Geschäftsgrundlage einer Zuwendung sein kann, hängt davon ab, nach welchen Kriterien die Geschäftsgrundlage zu bestimmen ist. Sie kann grundsätzlich von den subjektiven Vorstellungen der Parteien oder von der objektiven Bedeutung für das Rechtsgeschäft her erschlossen werden ²⁾.

a) Subjektive Theorie

Die von Oertmann ³⁾ entwickelte und von der Rechtsprechung ⁴⁾ übernommene subjektive Theorie stellt entscheidend auf die Vorstellungen der Parteien ab.

1) Vgl. zu den Bedenken Finger, S. 122.

2) Soergel-Knopp, § 242 Rdnr. 378.

3) Oertmann, Geschäftsgrundlage, S. 37.

4) Vgl. RGZ 103, 328, 332; 168, 121, 126 f; BGHZ 25, 390, 392; BGH, NJW 1976, 565 f.

Nach Oertmann ¹⁾ beruht die Geschäftsgrundlage auf der "beim Geschäftsabschluß zutage tretenden und vom etwaigen Gegner in ihrer Bedeutsamkeit erkannten und nichtbeanstandeten Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung beider Teile vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt oder Nicht-eintritt gewisser Umstände, auf denen sich der Geschäftswille aufbaut".

b) Objektive und vermittelnde Theorie von Larenz

Nach der objektiven Theorie sind die subjektiven Vorstellungen der Parteien, die dem Vertragsschluß zugrunde gelegen haben, unmaßgeblich. Die Geschäftsgrundlage bilden alle diejenigen Umstände und Verhältnisse, deren Vorhandensein oder Fortbestand beim Vertragsschluß, nach dem Inhalt des Vertrages, seinem Zweck und seiner wirtschaftlichen Bedeutung vorauszusetzen war ²⁾.

Die scharfe Trennung der Geschäftsgrundlage in objektive und subjektive Merkmale ist jedoch kaum durchführbar, weil auch nach der objektiven Theorie der Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung des Vertrages herangezogen und damit letztlich subjektive Vorstellungen der Parteien berücksichtigt werden müssen ³⁾.

Daher ist zur Bestimmung der Geschäftsgrundlage die Verbindung von subjektiven und objektiven Merkmalen vorzuziehen.

Larenz ⁴⁾ hat in seiner Untersuchung "Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung" die Kennzeichen der subjektiven und objektiven Geschäftsgrundlage weiterent-

-
- 1) Oertmann, Geschäftsgrundlage, S. 37.
 - 2) Vgl. Soergel-Knopp, § 242 Rdnr. 380; Krückmann, ACP 116 (1918), 157 ff; Locher, ACP 121 (1923), 72.
 - 3) Brox, Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 83; Lehmann-Hübner, § 35 A, VII, S. 291.
 - 4) Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 184 f.

wickelt. Er versteht unter der subjektiven Geschäftsgrundlage eine bestimmte gemeinsame (nicht einseitige) Vorstellung oder Erwartung der Parteien, von der sie sich beim Vertragsschluß haben leiten lassen. Zur objektiven Geschäftsgrundlage gehören alle Fälle der Äquivalenzstörung und der Vereitelung des gemeinsamen Vertragszwecks ¹⁾.

c) Unbewußte Erwartung des Fortbestands der Ehe

Die Untersuchung eines Herausgabeanspruchs nach der *condictio ob rem* ²⁾ hat zwar gezeigt, daß die Eheleute den Fortbestand der Ehe in der Regel nicht in der Weise zum Inhalt des Rechtsgeschäfts gemacht haben, wie es diese Vorschrift voraussetzt. Deshalb kommt eine Rückabwicklung der Zuwendung über § 812 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. nicht in Betracht. Aus dem gleichen Grunde scheidet die Annahme einer mit der Zuwendung verbundenen, auflösenden Bedingung i.S. des § 158 Abs. 2 aus, bei deren Nichteintritt die Leistung zurückzugewähren wäre.

Daraus ist allerdings nicht der Schluß zu ziehen, daß die Fortdauer der Ehe für die Zuwendung völlig unmaßgeblich gewesen wäre.

Bei einer intakten Ehe treffen die Eheleute über den Fortbestand der Ehe keine besonderen Vereinbarungen, weil sie diesen als völlig gesichert ansehen. Sie haben angesichts ihrer guten Beziehungen zueinander auch keinen konkreten Anlaß, das Scheitern der Ehe und die damit verbundenen vermögensrechtlichen Folgen in Betracht zu ziehen. So erscheint ihnen die gemeinsame Nutzung des Familienheims auch in Zukunft gesichert. Sie würden sich aber vielleicht anders verhalten, wenn sie am Fortbestand der Ehe Zweifel hätten.

1) Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 184 f.

2) Vgl. S. 156 ff.

Dadurch, daß beide Eheleute wie selbstverständlich davon ausgehen, die Ehe werde wie bisher auch weiterhin Bestand haben, ist dieser unbewußt vorausgesetzte Umstand grundlegend für den Sinn der Zuwendung geworden. Der Fortbestand der Ehe ist daher die Geschäftsgrundlage, auf der die Zuwendung beruht.

Falls die Ehe vorzeitig aufgelöst wird, entfällt zwangsläufig auch die Geschäftsgrundlage der Geld- oder Grundstückszuwendung. Dem steht nicht entgegen, daß der Mangel der Geschäftsgrundlage grundsätzlich nur solche Rechtsgeschäfte berührt, die noch nicht vollständig abgewickelt sind ¹⁾. Zwar ist die während der Ehe erfolgte Zuwendung zum Zeitpunkt der Eheauflösung bereits vollzogen. Aber das Ziel der Eheleute, einen Ort für ihr gemeinsames Leben zu schaffen, ist durch die Scheidung unerreichbar geworden. In einem solchen Fall liegt nach der von Larenz getroffenen Unterscheidung der Wegfall der objektiven Geschäftsgrundlage wegen Zweckvereitelung vor.

2. Zumutbarkeit der zum Zeitpunkt der Eheauflösung bestehenden Vermögenslage

Der bloße Fortfall der Geschäftsgrundlage genügt allein noch nicht, um die Rückabwicklung der Zuwendung auszulösen. Als notwendiger zweiter Schritt schließt sich die Prüfung an, ob es dem Zuwender noch zumutbar ist, wenn die Zuwendung vollständig beim Empfänger verbleibt. Die generelle Zumutbarkeitsprüfung ist als Mittel zur Vertragskorrektur ein-

1) Vgl. Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 134 ff, 185.

hellig anerkannt ¹⁾. Dagegen ist umstritten, ob die Zumutbarkeit ein weiteres Tatbestandsmerkmal ²⁾ oder ein leitender Gesichtspunkt bei der Rechtsfolgenbestimmung ³⁾ ist.

Dieser Meinungsstreit kann hier jedoch dahinstehen, weil er wegen der gleichen Ergebnisse für die praktische Anwendung bedeutungslos ist.

Die Prüfung der Zumutbarkeit bezweckt, eine Interessenabwägung zwischen den Parteien durchzuführen und im Falle eines krassen Ungleichgewichts entsprechende Vertragskorrekturen vorzunehmen.

a) Gesichtspunkte zur Bestimmung der Unzumutbarkeit der Vermögenslage

Die Unzumutbarkeit der Vermögenslage richtet sich nach den beiderseitigen Interessen und den individuellen Verhältnissen der Eheleute. Daher können allgemein verbindliche Grundsätze darüber, wann das Festhalten an der Zuwendung stets unzumutbar ist, nicht aufgestellt werden. Die sogleich zu erörternden Kriterien zur Beurteilung der Zumutbarkeit sind lediglich Anhaltspunkte zur Entscheidung des jeweiligen Einzelfalls.

Allerdings hat Kühne ⁴⁾ die Rückabwicklung über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in den Fällen regelmäßig ausgeschlossen, in denen die Zuwendungen wertmäßig nicht den Betrag übersteigen, den der Zuwendungsempfänger ohne die Zuwendung als Zugewinnausgleichsanspruch geltend machen könnte.

1) Vgl. Mü-Ko-Roth, § 242 RdNr. 490, 467 m.w.N..

2) So BGHZ 2, 176, 188.

3) P. Ulmer, AcP 174 (1974), 167, 184.

4) Kühne, JZ 1976, 487 f; JR 1977, 23 f; FamRZ 1978, 221 f.

Da die Rückabwicklung der Zuwendung nur dazu führe, daß der Zuwender einem anderweitigen - güterrechtlichen - Anspruch ausgesetzt würde, seien die durch die Zuwendung entstandenen Vermögensverhältnisse zumutbar. Diese dargestellte Fallgruppe scheidet nach den bisherigen Ergebnissen der Untersuchung als Beispiel für die Zumutbarkeit der Vermögenslage aus, weil für diese Fälle nach der hier vertretenen Ansicht die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage durch die Güterrechtsvorschriften bereits ausgeschlossen sind ¹⁾. Die Rückabwicklung über den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist unter anderem ²⁾ erst dann möglich, wenn die Zuwendung den Betrag der ansonsten bestehenden Ausgleichsforderung übersteigt und die Güterrechtsregeln keinen sachgerechten Ausgleich bieten, oder wenn Gütertrennung bestand.

Die Tatsache, daß der nach den Ergebnissen dieser Arbeit verbliebene Anwendungsbereich der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage sehr eng ist, verdeutlicht, daß es lediglich um die Durchsetzung eines Vermögensausgleichs zwischen Ehegatten geht, bei der die Idee des gesetzlichen Güterstands - gleichwertige Beteiligung an dem in der Ehe erarbeiteten Vermögen - auch dort verwirklicht werden soll, wo die Vorschriften des gesetzlichen Güterstands dies nicht erreichen. Das bedeutet, daß der vom Gesetzgeber mit dem Zugewinnausgleich angestrebte schematische, gleichwertige Vermögensausgleich ein wichtiges Leitprinzip für die Entscheidung über die Unzumutbarkeit der Vermögenslage darstellt.

1) Vgl. S. 142 ff.

2) Vgl. zu den übrigen Fällen S. 123 ff, 125 ff, 152 ff.

Die Zumutbarkeit der Vermögensverhältnisse zwischen den Ehegatten ist also aus dem Blickwinkel des gesetzlichen Güterstands zu beurteilen. Hierbei ist der Vergleich der Vermögensmassen beider Ehegatten von großer Bedeutung für die Zumutbarkeit der Vermögenslage zum Zeitpunkt der Eheauflösung. Falls der Zuwender wie im Beispiel 3 ¹⁾ infolge der Geld- oder Grundstückszuwendung eine Vermögenseinbuße erlitten hat, die auch durch güterrechtliche Vorschriften nicht ausgeglichen wird, so wird dies gemessen an der Idee des Güterrechts - gleichwertige Vermögensbeteiligung - ein schwerwiegender Gesichtspunkt für die Annahme der Unzumutbarkeit sein. Dagegen will der IX. Zivilsenat des BGH ²⁾ diesen Fall über das Güterrecht lösen, indem er dem Zuwender einen Ausgleichsanspruch nach § 1378 Abs. 1 zubilligt. Wie bereits auf S.127 dargelegt worden ist, muß dieser Lösungsweg unter anderem ³⁾ wegen seiner Kompliziertheit abgelehnt werden.

Aber selbst in den Fällen, in denen sich der Zuwender ohne Zuwendung besser gestanden hätte, darf von einer generellen Unzumutbarkeit der durch die Scheidung eingetretenen Vermögenslage noch nicht gesprochen werden. Es kann dem Charakter der Ehe als einer Schicksalsgemeinschaft und ihren im Falle der Scheidung bestehenden Nachwirkungen ⁴⁾ widersprechen, zwischen den Eheleuten eine Vermögensabrechnung ohne jegliche Rücksicht auf die Schuld am Scheitern der Ehe durchzuführen.

1) Vgl. S.124.

2) BGH, FamRZ 1982, 246 ff.

3) Vgl. zu den weiteren Gründen S.127 ff.

4) Vgl. BGH, FamRZ 1982, 246, 248, der als "Nachwirkung" der ehelichen Lebensgemeinschaft die "angemessene Rücksichtnahme auf die Belange" des Partners auch bei der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung nennt.

aa) Vermögensvergleich bei unterbliebener und erfolgter Zuwendung

Das Gericht wird bei der Zumutbarkeitsprüfung vor allem zu berücksichtigen haben, welches Vermögen der Zuwender bei unterbliebener Zuwendung hätte und wie er sich jetzt infolge der Zuwendung steht. Je größer seine Vermögenseinbuße ist, desto eher wird die Beibehaltung der Zuwendung unzumutbar sein. Sofern der Ehemann wie im Beispiel 3 sogar seine gesamten Ersparnisse seiner Frau zuwendet ¹⁾ und keinen Zugewinnausgleichsanspruch hat, ist die Unzumutbarkeit in der Regel zu bejahen.

bb) Dauer der Ehe, Alter und Einkünfte der Ehegatten

Der IV. Zivilsenat des BGH ²⁾ stellte in einer Entscheidung vom 07.01.1972 mehrere Kriterien zur Beurteilung der Unzumutbarkeit der Vermögensverhältnisse zwischen den Ehegatten auf, die im Güterstand der Gütertrennung gelebt haben. So sollen die Dauer der Ehe, das Alter, die Einkommensverhältnisse und die zukünftigen Verdienstmöglichkeiten der Parteien entscheidende Gesichtspunkte für die Zumutbarkeitsprüfung im Rahmen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sein.

Es erscheint jedoch fraglich, ob die Berücksichtigung solch individueller Umstände bei dem Vermögensausgleich zwischen Ehegatten, die im Güterstand der Gütertrennung leben, zu sachgerechten Lösungen führt.

Mit der Gütertrennung haben sich die Ehegatten bewußt für einen Güterstand entschieden, in dem sie sich "in vermögensrechtlicher Beziehung wie Unver-

1) Vgl. S. 124 ff.

2) BGH, WM 1972, 412 f; BGH, JR 1975, 155 f; Kühne, FamRZ 1968, 356, 360.

heiratete gegenüberstehen" ¹⁾. Die Frau ist an dem Vermögenszuwachs ihres Mannes während der Ehe nicht beteiligt, und es findet bei der Beendigung der Ehe kein Vermögensausgleich statt. Dieser Gesichtspunkt könnte dafür sprechen, die eheliche Lebensgemeinschaft auch bei der Rückforderung unbenannter Zuwendungen völlig außer Betracht zu lassen, weil die Ehegatten bereits mit dem Entschluß für die Gütertrennung deutlich gemacht haben, daß die Ehe die Vermögensverhältnisse nicht beeinflussen soll.

Hiergegen ist aber einzuwenden, daß die Eheleute mit der unbenannten Zuwendung insbesondere bei der Gütertrennung bezweckt haben, die mit diesem Güterstand häufig verbundenen Folgen der einseitigen Vermögensmehrung, die nur zugunsten des Ehemanns ²⁾ eintritt, zu mildern ³⁾. Wenn die Ehegatten sich scheiden lassen, darf die Auflösung der Grundverbindung bei der Rückabwicklung unbenannter Zuwendungen nicht außer Betracht bleiben. Allerdings bringen die vom BGH aufgestellten individuellen Kriterien die Gefahr mit sich, daß in der Praxis eine sichere Bestimmung der Unzumutbarkeit der Vermögenslage unmöglich wird. Muß die Ehe fünf, zehn oder sogar dreißig Jahre bestanden haben, damit die Ehefrau die ehebedingte Zuwendung behalten kann?

Aus diesem Grunde ist der Kritik von Larenz ⁴⁾ zuzustimmen, der darauf hingewiesen hat, daß das Urteil des Richters umso "schwieriger, unsicherer und weniger vorhersehbar" ist, "je weiter der Kreis der zu beachtenden Umstände gezogen wird".

- 1) So Palandt-Diederichsen, Grundz. v. § 1414 Rdnr. 1; Mü-Ko-Kanzleiter, § 1414 Vorbem. 1; BayObLGZ 1960, 370; einschränkend Soergel-Gaul, § 1414 Rdnr. 3, 13 m.w.H. auf den Einfluß der ehelichen Lebensgemeinschaft auf die Vermögensbeziehungen zwischen Ehegatten (§§ 1353-1362).
- 2) Vgl. zum Spannungsverhältnis zwischen einer "echten" ehelichen Lebensgemeinschaft und der Gütertrennung Ak-BGB-Fieseler, Vorbem. zu §§ 1363 ff Rdnr. 7; Ramm, JZ 1968, 41, 46; Zöllner, FamRZ 1965, 113, 119 f.
- 3) Vgl. Mü-Ko-Kanzleiter, Vorbem. zu § 1414 Rdnr. 9; BGH, WM 1972, 412 f.
- 4) Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 118.

Soweit die Eheleute im gesetzlichen Güterstand leben, dürfen die vom BGH aufgestellten Kriterien bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit der Vermögenslage regelmäßig keine Rolle spielen.

Der Gesetzgeber hat im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft bewußt eine schematische Regelung des Vermögensausgleichs gewählt ¹⁾ und insbesondere die Vorschläge von Wieruszowski ²⁾ abgelehnt, die ebenfalls die Dauer der Ehe, den Umfang der Beitragsleistungen und die Mitwirkung jedes Ehegatten zur Gewinnerzielung berücksichtigen.

Bei der Rückabwicklung unbenannter Zuwendungen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist zu bedenken, daß es letztlich nur um einen Vermögensausgleich zwischen den Ehegatten geht, der dem Geist des Güterrechts entsprechen soll. Es handelt sich gewissermaßen um eine "Fortentwicklung des gesetzlichen Güterstands". Deshalb ist es auch angebracht, den beim gesetzlichen Güterstand bestehenden Gedanken des schematischen Vermögensausgleichs grundsätzlich ohne Rücksicht auf weitere individuelle Gesichtspunkte bei der Rückabwicklung über den Wegfall der Geschäftsgrundlage anzuwenden. Wollte man die von Wieruszowski vorgeschlagenen und vom BGH für den Güterstand der Gütertrennung übernommenen Kriterien auch zur Prüfung der Zumutbarkeit beim gesetzlichen Güterstand heranziehen, würden diese vom Gesetzgeber abgelehnten individuellen Gesichtspunkte innerhalb des Vermögensausgleichs zwischen Ehegatten doch noch eine Rolle spielen. Dies hätte zur Folge, daß zumindest in einigen Fällen ³⁾ neue Streitigkeiten zwischen den Ehegatten entstehen und die Gefahr

1) Vgl. im einzelnen zu den Gründen S. 144 ff.

2) Vgl. S. 144 Fn. 5 m.w.N.

3) Vgl. die Fallgruppen S.123 f, 129 ff, 152 f.

langwieriger Prozesse sich erhöht. "Kein Rechtsanwalt könnte bei einer so individuellen Regelung den Ehegatten mit einiger Sicherheit sagen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe das Gericht einen Abgeltungsanspruch festsetzen wird" ¹⁾. Der Gesetzgeber wollte jedoch gerade diese Gefahren beim Vermögensausgleich zwischen Ehegatten vermeiden, die im gesetzlichen Güterstand leben.

Aus diesem Grunde bleibt festzuhalten, daß die vom BGH genannten Kriterien ²⁾ beim gesetzlichen Güterstand unerheblich für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Vermögenslage sind.

cc) Gesichtspunkte bei der Bruchteilsgemeinschaft

Besondere Probleme, die an sich nichts mit dem Zugewinnausgleich zu tun haben, können nach der Einräumung von Miteigentum am Grundstück entstehen. Hier besteht die Gefahr, daß ein Ehegatte nach der Scheidung gem. §§ 753 BGB, 180 ZVG die Zwangsversteigerung zur Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft betreibt und dadurch für einen Beteiligten unbillige Ergebnisse entstehen ³⁾, wenn zum Beispiel der reichere Ehepartner das Grundstück in der Versteigerung erwirbt.

In einem solchen Fall geht es nicht um den güterrechtlichen Vermögensausgleich - die gleichwertige Beteiligung an dem in der Ehe erarbeiteten Vermögen - zwischen den Ehegatten, sondern um die dem Zugewinnausgleich vorausgehende Frage, ob das Betreiben der Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Auseinandersetzung und die damit verbundenen Folgen

1) So Reg. Entw., BT-Drucks. 2/224, S. 43.

2) Vgl. S. 177 f.

3) Vgl. BGHZ 68, 299 ff; vgl. auch zur Unzulässigkeit der Teilungsversteigerung eines Wohnungs-Erbbaurechts wegen Rechtsmißbrauchs LG Essen, FamRZ 1981, 457 f.

eine unzumutbare Härte für einen Ehegatten sind ¹⁾. Diese Probleme können auch entstehen, wenn aus güterrechtlicher Sicht die Rückabwicklung des zugewendeten Miteigentums nicht in Betracht kommt, weil die Ehegatten erst infolge der Zuwendung ein gleichwertiges Vermögen besitzen.

Der BGH ²⁾ hat einen Anspruch auf die Herausgabe des zugewendeten Grundstücksanteils über den Wegfall der Geschäftsgrundlage bejaht, wenn der Fortbestand der Bruchteilsgemeinschaft für den Zuwender eine unzumutbare Härte bedeuten würde. Es können aber nur besonders schwerwiegende Voraussetzungen zur Rückabwicklung der Zuwendung führen. Die bloße Scheidung, verhärtete persönliche Beziehungen zwischen den Ehegatten und die abstrakte Gefahr der Auseinandersetzung durch die Zwangsversteigerung reichen nicht aus, die Zuwendung rückgängig zu machen.

So hat der Bundesgerichtshof ³⁾ die Rückübertragung einer Grundstückshälfte erst für rechtens erklärt, wenn der Zuwender sämtliche mit dem Hausbau verbundenen Verpflichtungen allein erfüllt hat und das Hausgrundstück vor allem seiner eigenen Altersversorgung diene.

Dieser Entscheidung ist zuzustimmen, weil bei einer solchen Sachlage die wirtschaftliche Existenz des Zuwenders entscheidend geschwächt oder sogar vernichtet wird, wenn der Empfänger etwa die Zwangsversteigerung des Grundstücks zur Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft betreibt.

1) Vgl. BGHZ 68, 299 ff.

2) BGHZ 68, 299 ff.

3) BGHZ 68, 299, 304 f.

b) Schuldhaftes Herbeiführen der Ehescheidung

Schließlich soll noch untersucht werden, ob der Zuwendende sich nicht mehr auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen kann, wenn er durch sein Verschulden die Scheidung herbeigeführt hat.

Grundsätzlich ist in der Rechtsprechung ¹⁾ und Literatur ²⁾ anerkannt, daß derjenige Partner, der den Wegfall der Geschäftsgrundlage schuldhaft herbeigeführt hat, diesen Wegfall nicht zu seinem Vorteil ausnutzen darf.

Es ist angesichts der besonderen Beziehungen in einer Ehe fraglich, ob dieser Grundsatz auch uneingeschränkt bei Rechtsgeschäften zwischen Eheleuten gilt.

In der Literatur ³⁾ wird teilweise die Ansicht vertreten, daß die Schuld des zuwendenden Ehegatten an der Auflösung der Ehe zum Ausschluß seines Rückgewähranspruchs führt. Der entsprechend anwendbare Rechtsgedanke des § 162 gebietet es, daß niemand aus einem Ereignis für sich günstige Rechtsfolgen herleite, wenn er es treuwidrig herbeigeführt habe.

Demgegenüber hält es der Bundesgerichtshof ⁴⁾ beim Anspruch aus Wegfall der Geschäftsgrundlage für unerheblich, daß der Anspruchsberechtigte das Scheitern der Ehe verschuldet hat. Der BGH begründet ⁵⁾ seine Auffassung mit dem Hinweis, daß das Gesetz selbst bei einem allein schuldig geschiedenen Ehegatten keine allgemeine Schlechterstellung durch die Aberkennung von Ansprüchen kennt. Im gesetz-

- 1) RGZ 103, 3, 5; BGH, LM BGB Nr. 61 zu § 242 (B b).
- 2) Erman-Sirp, § 242 Rdnr. 175; Mü-Ko-Roth, § 242 Anm. 492; Soergel-Knopp, § 242 Rdnr. 411; Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 107 f.
- 3) Deubner, FamRZ 1968, 351 f.; Kühne, FamRZ 1968, 356, 361; ders., etwas zurückhaltender in FamRZ 1969, 371, 374; Soergel-Knopp, § 162 Rdnr. 13; ebenso noch RG, JW 1936, 987 f.; HRR 1937 Nr. 1217.
- 4) BGH, FamRZ 1966, 560 ff.; 1968, 23 f.; WM 1972, 412 f.; NJW 1974, 1554; zustimmend Lieb, S. 125 Fn. 80; vgl. Bosch, FS Beitzke, S. 129 ff für einschränkende Auslegung des § 530 beim Widerruf von Schenkungen zwi-

lichen Güterstand wirke sich ein schuldhaftes Verhalten des ausgleichsberechtigten Ehegatten nur insoweit aus, als der Zugewinnausgleich nach den Umständen des Falles grob unbillig sei (§ 1381).

Wenn es um die Rückabwicklung von Leistungen zwischen Personen geht, die einander fremd sind, bestehen keine Bedenken, den schuldhaft herbeigeführten Wegfall der Geschäftsgrundlage zum Nachteil des treuwidrig Handelnden zu berücksichtigen.

Sobald jedoch ein Ehegatte von seinem Partner wegen der Scheidung die Zuwendung zurückfordert, müssen die besonderen Verhältnisse der ehelichen Lebensgemeinschaft bedacht werden. Die Rückabwicklung von Zuwendungen berührt die im Laufe der Ehe entstandenen persönlichen Bindungen und Verflechtungen der Eheleute. Die Tatsache, daß unbenannte Zuwendungen eine familienrechtliche causa haben, hat zur Folge, daß schuldrechtliche Normen und Grundsätze auf die Beziehungen zwischen Ehegatten nicht ohne weiteres anwendbar sind.

So hat der Gesetzgeber im Bereich des ehelichen Güterrechts lediglich über § 1381 Verschuldensgesichtspunkte berücksichtigt. Mit dem Inkrafttreten des 1. EheRG am 01.07.1977 hat er durch den Übergang vom Verschuldensprinzip zum Zerrüttungsprinzip deutlich gemacht, daß auch im Scheidungsrecht Verschuldensgesichtspunkte grundsätzlich unbeachtlich sein sollen. Der eindeutige Wille des Gesetzgebers, Verschuldensfragen aus dem Familienrecht weitgehend zu verbannen, muß auch bei der Rückabwicklung unbenannter Zuwendungen über den Wegfall der Geschäfts-

schen Ehegatten; ebenso LG Bonn, FamRZ 1980, 359, 361; a.A. OLG Düsseldorf, FamRZ 1980, 446 f.

5) Vgl. BGH, WM 1972, 412 f.

grundlage berücksichtigt werden. Wenn Kühne ¹⁾ darauf hinweist, daß zwischen dem Zugewinnanspruch als einem bloßen allgemeinen Auseinandersetzungsanspruch und dem schuldrechtlichen Rückforderungsanspruch zu unterscheiden sei, ist dem entgegenzuhalten, daß es sich beim Anspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage wie beim Zugewinnanspruch um eine Auseinandersetzung zwischen Ehegatten handelt, die gerade durch die eheliche Lebensgemeinschaft entscheidend geprägt ist. Deshalb können sich die familienrechtlichen Besonderheiten auch bei Ansprüchen wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage auswirken.

Falls man nur darauf abstellen wollte, ob der Zuwender das Scheitern der Ehe verschuldet hat, führte dies letztlich zu einer "Konservierung" des Verschuldensprinzips.

Der Richter müßte in verstärktem Maße den inneren Lebensbereich der Ehegatten erforschen. Die Ehegatten würden wie vor dem Inkrafttreten des 1. EheRG dazu gedrängt, sich gegenseitig Verfehlungen vorzuwerfen oder deren Bedeutung zu übertreiben ²⁾. Zwar ist diese Gefahr nach dem 1. EheRG noch nicht beseitigt, denn gem. § 1565 Abs. 2 kann die Ehe nur im Falle einer unzumutbaren Härte für den Antragsteller vorzeitig geschieden werden. Auch beim Streit um die Kinder (vgl. § 1671 Abs. 2) spielen Verschuldensgesichtspunkte unter Umständen eine Rolle, falls sich die Eltern nicht über das Sorgerecht einigen oder das Gericht den gemeinsamen Vorschlag der Eltern ablehnt. Dennoch kann das Ziel des Gesetzgebers nicht unberücksichtigt bleiben, Verschuldensgesichtspunkte bei der Ehescheidung in den Hintergrund zu drängen.

1) Kühne, FamRZ 1968, 356, 361.

2) Vgl. aber zum Ziel des Gesetzgebers, Streitigkeiten zwischen Ehegatten möglichst entgegenzuwirken, BT-Drucks. 1/3802, S. 50; 7/650, S. 72 f.

Andererseits ist zu bedenken, daß die Unbeachtlichkeit jeglichen Fehlverhaltens zu unerträglichen Ergebnissen führen kann, wenn etwa der Zuwender die Ehe durch grobe Rücksichtslosigkeiten, körperliche und seelische Mißhandlungen zerrütet hat. Im Bereich des Güterrechts hat der Gesetzgeber diesem Gesichtspunkt dadurch Rechnung getragen, daß § 1381 den Rahmen des zu beachtenden schuldhaften Verhaltens absteckt. Durch eine entsprechende Heranziehung ¹⁾ der in §§ 1381, 1579 Nr. 2, 2335 enthaltenen Gedanken kann in solchen Fällen das exzessive Verhalten des Zuwenders zum Ausschluß seines Anspruchs führen.

3. Rechtsfolgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage

Die Rechtsfolgen beim Wegfall der Geschäftsgrundlage zeichnen sich im Vergleich zu denen des Bereicherungsrechts durch besondere Flexibilität aus. An die Stelle starrer Herausgabepflichten treten die Anpassung ²⁾ durch Umgestaltung des Rechtsverhältnisses oder die vollständige Rückabwicklung der Zuwendung.

Die Wahl der passenden Rechtsfolge hängt von den besonderen Umständen des Einzelfalls ab. Dennoch sollen einige allgemeine Gesichtspunkte zu ihrer Bestimmung dargestellt werden.

Beim Wegfall der Geschäftsgrundlage sind grundsätzlich nur solche Rechtsfolgen zu wählen, die erforderlich sind, um eine unzumutbare, dem Sinn des Vertrages widersprechende Benachteiligung eines Beteiligten zu verhindern ³⁾. Die vollständige Rückabwicklung

1) Vgl. Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, Rdnr. 811.

2) Vgl. zu den verschiedenen Möglichkeiten der Anpassung Staudinger-Weber, 11. Aufl., § 242 E 412 ff.

3) Soergel-Knopp, § 242 Rdnr. 413; Staudinger-Weber, 11. Aufl., § 242 E 381; nicht so deutlich Staudinger-Schmit, 12. Aufl., § 242 Rdnr. 954.

des Rechtsgeschäfts ist der am schwersten wiegende Eingriff und kommt nur als ultima ratio in Betracht ¹⁾.

Bei diesen allgemeinen Grundsätzen ist allerdings zu berücksichtigen, daß es sich um Rechtsfolgen handelt, die auf Schuldrechtsbeziehungen zwischen Personen zugeschnitten sind, die einander fremd sind. Für diese wird deshalb von der h.M. ²⁾ auch der schuldrechtliche Grundsatz der Vertragstreue in den Vordergrund gestellt und betont, daß als Rechtsfolge vorrangig die Anpassung an die veränderten Umstände unter Beibehaltung des Vertrages zu wählen ist.

Da die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage aber nach den Ergebnissen dieser Arbeit nur ausnahmsweise ³⁾ zur Lösung familienrechtlicher Probleme herangezogen werden dürfen, müssen sich die Rechtsfolgen eines typischen Schuldrechtsinstituts an dem Ziel des Güterrechts orientieren. Daraus folgt zum Beispiel, daß die Aufrechterhaltung von Vertragsbeziehungen zwischen Eheleuten regelmäßig nicht in deren Interesse liegt, da durch die Ehescheidung gerade die Grundverbindung der Parteien beseitigt werden soll.

Bei der Rückabwicklung unbenannter Geldzuwendungen zwischen Ehegatten ist zu bedenken, daß die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nur deshalb anwendbar sind, weil die güterrechtlichen Vorschriften nicht zu einem sachgerechten Vermögensausgleich nach der Ehescheidung führen.

Die gerechte Aufteilung des während der Ehe erarbeiteten Vermögens macht es aber nicht erforderlich, daß die gesamte Geldzuwendung rückabgewickelt wird.

1) Vgl. Mü-Ko-Roth, § 242 Rdnr. 494.

2) Vgl. Soergel-Knopp, § 242 Rdnr. 4, 14; Erman-Sirp, § 242 Rdnr. 179; Staudinger-Weber, 11. Aufl., § 242 E 375 f; BGH LM Nr. 15 a zu § 242; Mü-Ko-Roth, § 242 Rdnr. 484; dag. ist nach Heinrich Lange, S. 50 vorrangig die Vertragsauflösung als Rechtsfolge zu wählen.

3) Vgl. S. 133 ff, 172.

Zumeist ergibt der Vergleich der Vermögenslage bei unterbliebener und erfolgter Zuwendung, daß der Zuwendungsempfänger lediglich um einen gewissen Geldbetrag, der niedriger als die eigentliche Zuwendung ist, unbillig begünstigt wird ¹⁾.

In solchen Fällen wird der geringstmögliche Eingriff darin liegen, dem Zuwender einen Anspruch auf teilweise Rückabwicklung der Geldzuwendung zu geben. Die Höhe hängt davon ab, inwieweit der Empfänger gegenüber dem Zuwender unmittelbar bereichert ist. Dies bedeutet im dritten Beispiel, daß der Ehemann vorbehaltlich anderer, entgegenstehender Gesichtspunkte noch 50 000,- DM von seiner Frau verlangen kann ²⁾.

Im Beispielsfall 4 kann die Ehefrau noch 10 000,- DM von ihrem Ehemann fordern ³⁾.

Falls die Geldzuwendung dazu diene, auf dem Grundstück des Empfängers ein Mehrfamilienhaus zu bauen, um mit den Mieteinnahmen eine Vorsorge für das Alter zu treffen, kommt als angemessene Rechtsfolge auch die Einräumung des Miteigentums an dem Grundstück in Betracht. Die Zahlung eines bestimmten Ausgleichsbetrages könnte den Zuwender zu sehr benachteiligen, weil die Geldsumme unter Umständen nicht ausreichen wird, die sonst regelmäßig wiederkehrenden, gesicherten Mieteinnahmen zu ersetzen.

Ob der Zuwender seinerseits für die Einräumung des Miteigentums am Grundstück einen gewissen Ausgleichsbetrag zu zahlen hat, weil er sich nach der Übereignung im Vergleich zum normalen Zugewinnausgleich besser steht, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Hierzu sind die Kriterien heranzuziehen, die bereits zur Abgrenzung der noch zumutbaren von der schon unzumutbaren Vermögenslage erörtert wurden ⁴⁾.

1) Vgl. das Beispiel 3, S.124 f, in dem der Empfänger trotz der Zuwendung von 100 000,- DM lediglich 50 000,- DM mehr als bei normalem Zugewinnausgleich erhalten hat.

2) Vgl. S. 124 ff.

3) Vgl. S. 129 ff.

4) Vgl. S. 171 ff.

Eine vollständige Rückabwicklung der Zuwendung ist in den Fällen zu erwägen, in denen die Zuwendung aus der Einräumung des Miteigentums am Grundstück besteht ¹⁾ und der Zuwendungsempfänger die Bruchteilsgemeinschaft aufheben will.

Die Beibehaltung der Bruchteilsgemeinschaft mit der Möglichkeit der Zwangsversteigerung nach § 753 muß für den Zuwender schlechthin unzumutbar sein.

Dies ist der Fall, wenn der Empfänger die Zwangsversteigerung zur Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft betreibt und dadurch die Alterssicherung des Zuwenders gefährdet, obwohl dieser den Hausbau allein zum Zwecke der gemeinsamen Altersvorsorge finanziert hat.

Die vollständige Rückabwicklung der Zuwendung wirkt sich auf die Berechnung des Zugewinnausgleichs aus. Hierbei kann es nach den Umständen des konkreten Falles nur gerecht sein, die Sachlage so zu beurteilen, als ob das Grundstück als Ganzes auf den Zuwender übereignet worden sei. Dies hat zur Folge, daß sich das Endvermögen und zugleich der Zugewinn um den Wert des Grundstücks zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags (§ 1384) erhöhen. Der ursprüngliche Miteigentümer würde durch den dann erhöhten Zugewinnausgleichsanspruch zur Hälfte am Grundstückswert beteiligt.

Falls der Zuwender trotz der Übertragung des vollständigen Eigentums keinen entsprechenden Zugewinn erzielt hat, weil z.B. sein tatsächlich erhöhtes Endvermögen mit Verbindlichkeiten (§ 1375 Abs. 1) verrechnet wird, gewährt der BGH ²⁾ dem ursprünglichen Empfänger

1) Vgl. den in BGHZ 68, 299 ff entschiedenen Fall.

2) BGHZ 68, 299, 307.

einen Entschädigungsanspruch. Die Höhe dieses Anspruchs ist vom Gericht gem. § 287 ZPO unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu schätzen.

Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die äußeren Umstände der Zuwendung und die Interessenlage der Eheleute lassen den Schluß zu, daß die Leistungen zum gemeinsamen Hausbau aufgrund einer familienrechtlichen causa erfolgen. Der Rechtsgrund der Zuwendung bleibt auch nach der vorzeitigen Auflösung der Ehe bestehen.
2. Die Rückabwicklung unbenannter Zuwendungen im Falle der vorzeitigen Eheauflösung richtet sich bei Eheleuten, die im gesetzlichen Güterstand leben, grundsätzlich nur nach den güterrechtlichen Ausgleichsvorschriften, insbesondere den §§ 1374 Abs. 2, 1380. Die Vorschriften über die Zugewinnngemeinschaft sind hinsichtlich des Vermögensausgleichs zwischen Ehegatten gegenüber den allgemeinen Schuldrechtseinstituten vorrangig.
3. Erst wenn die Regeln über den Zugewinnausgleich nicht zu einer gleichwertigen Vermögensbeteiligung an dem in der Ehe erworbenen Vermögen führen und damit dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen, ist die Rückabwicklung der unbenannten Zuwendung über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zulässig. Es hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls und der Interessenlage der Eheleute ab, ob die Zuwendung vollständig oder nur zum Teil zurückzugewähren ist. Aber auch bei Zuwendungen zwischen Ehegatten ist zu berücksichtigen, daß bei der Rückabwicklung der Leistungen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nur solche Rechtsfolgen in Betracht kommen, die unbedingt erforderlich sind, um eine unzumutbare Benachteiligung des Zuwenders zu vermeiden.

4. Die Herausgabe der Zuwendung über die ungerechtfertigte Bereicherung ist ausgeschlossen, weil durch die vorzeitige Auflösung der Ehe weder der Rechtsgrund der Zuwendung noch ein mit der Zuwendung vereinbarter Zweck entfallen ist.
5. Wenn die Zuwendung in der Übertragung des Miteigentums an einem Grundstück besteht, kann der Zuwender den Miteigentumsanteil wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage herausverlangen, sofern die Beibehaltung der Bruchteilsgemeinschaft nach der Ehe und die Gefahr der Aufhebung durch die Zwangsversteigerung zu einer unzumutbaren Härte führen.

Lebenslauf

Ich wurde am 20. Januar 1951 als Sohn des Oberschullehrers Erich Hülshager und seiner Frau Marianne, geb. Vogt, in Emsdetten geboren.

Von 1958 bis Juni 1962 besuchte ich die Marienschule in Emsdetten und für ein weiteres Jahr die Overbergschule in Dülmen. Im Jahre 1963 wechselte ich zum neusprachlichen Clemens-Brentano-Gymnasium in Dülmen über. Ein Jahr später zogen meine Eltern und ich nach Münster. Dort war ich bis zu meinem Abitur im Jahre 1971 Schüler des Wilhelm-Hittorf-Gymnasiums.

Im Anschluß daran diente ich 1 1/2 Jahre bei der Bundeswehr in Handorf.

Im Wintersemester 1972/73 habe ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität das Studium der Rechtswissenschaft aufgenommen. Ich bestand die erste juristische Staatsprüfung am 16.04.1977 vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm. Das zweite juristische Staatsexamen legte ich am 21.12.1979 beim Landesjustizprüfungsamt Düsseldorf ab. Seitdem bin ich als Rechtsanwalt tätig.

